

**Die Bewilligung und Erlaubnis nach dem
Wasserhaushaltsgesetz unter Berücksichtigung
des Landeswassergesetzes von Rheinland-Pfalz**

DISSERTATION

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg-Universität

in Mainz

von

KLAUS RENAUD

Assessor

1965

**Die Bewilligung und Erlaubnis nach dem
Wasserhaushaltsgesetz unter Berücksichtigung
des Landeswassergesetzes von Rheinland-Pfalz**

DISSERTATION

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg-Universität

in Mainz

von

KLAUS RENAUD

Assessor



Referent: Professor Dr. Hubert Armbruster

Korreferent: Professor Dr. Peter Schneider

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1965

I n h a l t

	Seite:
Abkürzungs- und Schrifttums- Verzeichnis	VII
Einleitung	1
<u>1. Teil</u> : Erlaubnispflichtigkeit der Gewässerbenutzung	8
√ A. Sachlicher Geltungsbereich des WHG und des LWG	8
√ I. Oberirdische Gewässer	8
√ 1. In Betten gefaßtes Wasser	8
√ 2. Außerhalb eines Bettes abfließendes Wasser	10
√ II. Grundwasser	10
√ B. Begriff der Gewässerbenutzung	11
√ I. Willensrichtung des Benutzers	11
√ II. Benutzungsarten	14
1. Benutzungsarten des oberirdischen Gewässers	14
2. Benutzungsarten des Grundwassers	21
C. Tatbestände einer erlaubnisfreien Gewässerbenutzung	22
I. Eigentümer- und Anliegergebrauch an oberirdischen Gewässern	22
II. Eigentümergebrauch am Grundwasser	28
III. Gemeingebrauch	29
IV. Benutzung zu Zwecken der Fischerei	33
V. Alte Rechte und Befugnisse	35

	Seite:
1. Überblick	35
2. Aufrechterhaltene Berechtigungen	36
3. Befristet fortgeltende Berechtigungen	44
<u>2. Teil</u> : Inhalt und Tragweite der Be- willigung und der Erlaubnis	48
A. Rechtsnatur	48
B. Art und Maß der Benutzung	50
I. Bestimmung von Art und Maß der Benutzungshandlung	50
II. Begrenzung der Benutzungsberechtigungen durch den Grundsatz der Gemein- verträglichkeit	52
C. Zweck der Benutzung	55
I. Festlegung des Benutzungszweckes	55
II. Unternehmensbezogenheit der Benutzungsberechtigungen	59
D. Recht auf Wasserzufluß	63
E. Rechtsstellung des Inhabers einer Wasser- nutzungsberechtigung im Verhältnis zu Dritten	66
I. Ausschluß von Ansprüchen Dritter	66
1. Ausschluß der Ansprüche gegenüber dem Inhaber einer Bewilligung	66
2. Ausschluß der Ansprüche gegenüber dem Inhaber einer Erlaubnis	69
II. Duldungspflicht des Gewässereigentümers	73
1. Duldungspflicht des Eigentümers oberirdischer Gewässer	73

	Seite:
a. Ausgangspunkt	73
b. Duldungspflicht als Beschränkung des Eigentums	77
c. Inhalt der Duldungspflicht	80
d. Unentgeltlichkeit der Duldungspflicht	82
e. Ausnahmen von der Duldungspflicht	84
aa. Systematische Einordnung	84
bb. Gestattung des Gewässer-eigentümers	86
2. Duldungspflicht des Grundwasser-eigentümers	93
III. Sonstige Verpflichtungen Dritter	94
1. Duldungspflichten der Gewässer-nachbarn	94
2. Pflicht zur Duldung der Mitbenutzung von Anlagen	97
3. Wasserlieferungszwang	98
IV. Rechtsschutzmöglichkeiten zugunsten der Benutzungsberechtigten	102
1. Privatrechtliche Ansprüche	102
a. Vergegenständlichung der Bewilligung	102
b. Möglichkeit von Besitzschutz-ansprüchen	103
c. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	105
d. Verletzung von Schutzvorschriften	106
2. Verwaltungsrechtsschutz	108
<u>3. Teil</u> : Erteilung der Benutzungsberechtigungen	112
A. Präventives Verbot mit Vorbehalt freier Erlaubnis	112

	Seite:
B. Verfahrensregelung	114
I. Kreis der Beteiligten	115
II. Entbehrlichkeit des förmlichen Verwaltungsverfahrens	117
C. Von Amts wegen zu berücksichtigende Versagungsgründe	119
I. Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit	119
1. Rechts-und Ermessensentscheidungen	119
2. Begriff der Allgemeinheit	125
3. Wohl der Allgemeinheit	126
4. Begriff der Beeinträchtigung	137
5. Wahrscheinlichkeit der Beein- trächtigung	141
6. Interessenabwägung	145
a. Notwendigkeit und Gang der Interessenabwägung	145
b. Einzelne Vergleichsmaßstäbe	147
II. Grundwasserschädigung	151
III. Zusätzliche Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung	153
1. Bedürfnis an einer gesicherten Rechtsstellung	153
2. Bestimmter Plan	157
IV. Umfang des Entschließungsermessens	158
D. Auf Grund von Einwendungen zu berücksichti- gende Versagungsgründe	161
I. Überblick	161
II. Beeinträchtigung von Rechten Dritter	161
1. Allgemeines	161
2. Einzelne Rechte	164

	Seite:
a. Benutzungsrechte an Gewässern	164
b. Gewässereigentum	167
c. Eigentum an Landgrundstücken	169
d. Sonstige Rechte	170
3. Vorrang der geplanten Benutzung gegenüber Einwendungen	173
III. Beeinträchtigung von tatsächlichen Belangen Dritter	176
1. Einzelne Tatbestände	177
2. Abwägung von Nutzen und Nachteil	180
E. Nebenbestimmungen	183
I. Fristsetzung	183
1. Ausführungsfrist	183
2. Befristung der Bewilligung	184
3. Befristung der Erlaubnis	186
4. Verlängerung der Befristung	188
II. Bedingungen und Auflagen	191
1. Benutzungsbedingungen und ihre Abgrenzung zu echten Bedingungen und Auflagen	191
2. Zulässigkeit von echten Bedingungen	194
3. Zulässiger Zweck und Inhalt von Auflagen	197
4. Im WHG enthaltene Beispiele von Auflagearten	203
a. Beobachtungs- und Überwachungsmaßnahmen	203
b. Kostenbeiträge	208
aa. Wesen und Voraussetzung der Beitragspflicht	208
bb. Angemessenheit der Beiträge	212
5. Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge anstelle der Festsetzung von Auflagen	214

	Seite:
<u>4. Teil</u> : Aufhebung und Beschränkung der Benutzungsberechtigungen	219
A. Zurücknahme der Bewilligung	219
I. Begriff der Zurücknahme	219
1. Terminologie	219
2. Ex-nunc Wirkung	220
II. Zurücknahme gegen Entschädigung	222
III. Zurücknahme ohne Entschädigung	225
1. Gesetzliche Tatbestände	225
a. Erschleichung der Bewilligung	225
b. Nichtausübung der Benutzung	227
c. Änderung des Benutzungszweckes	230
d. Sonstige Verstöße gegen die Bewilligung	231
2. Ermessen der Behörde	232
B. Widerruf der Erlaubnis	233
C. Beschränkung der Bewilligung und Erlaubnis	237
I. Beschränkung nach den Regeln der Aufhebung	237
II. Beschränkungen auf Grund gesetzlichen Vorbehalts	238
1. Voraussetzungen und Grenzen des Vorbehaltsgebrauches	238
2. Anwendung des Vorbehaltes	240
III. Beschränkung im Wege des Ausgleiches	243
1. Inhalt des Ausgleiches	243
2. Voraussetzungen des Ausgleiches	246
IV. Nachträgliche Erteilung von Auflagen	248
1. Nachträgliche Entscheidungen zugunsten Betroffener	248
2. Auflagenvorbehalt nach allgemeinem Verwaltungsrecht	250

- Bachof, Verfassungsrecht Otto Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Tübingen 1963
- Bachof, Zeitpunkt Otto Bachof, Der maßgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, in: Juristenzeitung, 1954, S. 416 ff.
- Bad. WG Badisches Wassergesetz vom 26.6.1899 (GVBl. S. 309)
- Balke (ohne Vornamen) Balke, Recht und Technik in der Wasserwirtschaft, in: Österreichische Wasserwirtschaft, 1958, S. 61 ff.
- Baumbach-Hefermehl Adolf Baumbach und Wolfgang Hefermehl, Wettbewerb- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage, München und Berlin 1960
- Bayer. VGH Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
- BayerWG Bayerisches Wassergesetz vom 23.3.1907 (GVBl. S. 157)
- BayVBl Bayerische Verwaltungsblätter (N.F. 1. 1955)
- BayWG Bayerisches Wassergesetz vom 26.7.1962 (GVBl. S. 143)
- Becker-Flügel Hans Becker-Flügel, Die wasserrechtlichen Zwangsbefugnisse nach deutschem Wasserrecht unter Berücksichtigung des Wasserhaushaltsgesetzes, Jur.Diss.Freiburg i.Br. 1959
- Becker-Riewald Enno Becker, Alfred Riewald und Carl Koch, Reichsabgabenordnung, Kommentar, 9. Auflage, Köln und Berlin 1963, Band 1
- Benad Horst Benad, Der Staat als Hoheits-träger und Fiskus im Wasserrecht, Jur.Diss. Hamburg 1958
- Bergdolt Kurt Bergdolt, Preußisches Wasserrecht, Köln 1957

Bericht	Bericht über die IWL-Vortragstagung 1961, Herausgegeben vom Institut für gewerbliche Wasserwirtschaft und Luftreinhaltung e.V., Köln 1961
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, (Band 1. 1951 ff.)
Born	A. Born, Das preußische Fischereigesetz vom 11.5.1916, Berlin und Leipzig 1928
BT-Drucks. 1594	Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, 1960, Drucksache Nr. 1594, Gesetz zur Reinhaltung der Bundeswasserstraßen (WStrRG)
BT-Drucks. 2072	Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, 1953, Drucksache Nr. 2072, Entwurf eines Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts
BT-Drucks. 2988	Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, 1953, Drucksache Nr. 2988, Entwurf eines Gesetzes zur Reinhaltung der Bundeswasserstraßen (WStrRG)
BT-Drucks. 3536	Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, 1953, Drucksache Nr. 3536, Bericht des 2. Sonderausschusses "Wasserhaushaltsgesetz" des Bundestages über den Entwurf eines Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts.
Bullinger	Martin Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962
Bullinger, Mineralölfernleitungen	Martin Bullinger, Die Mineralölfernleitungen, Stuttgart 1962
Bundesrats-Drucks. 137/52	Deutscher Bundesrat, Drucksache Nr. 137/52, Beschluß seiner 83. Sitzung vom 25.4.1952
Burghartz	Franz-Josef Burghartz, <u>Wasserhaushaltsgesetz und Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen</u> (zitiert: Burghartz, WGNRW), München und Berlin 1962

Burghartz, WGNRW	Franz-Josef Burghartz, Wasserhaushaltsgesetz und Wassergesetz für das Land <u>Nordrhein-Westfalen</u> , München und Berlin 1962
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (1. 1952 ff.)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (1 1955 ff.)
BWG	Berliner Wassergesetz vom 23.2.1960 (GVBl S. 133)
Denkschrift BMV	Maßnahmen des Bundes zur Förderung der Wasserwirtschaft, die künftige Ordnung der Bundeswasserstraßen, Denkschrift des Bundesministeriums für Verkehr der Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1952
Disk.	Diskussion
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Dornheim, Lage	Carl Dornheim, Die Lage auf dem Gebiet des Wasserrechts, in: Die Wasserwirtschaft, 1957/58, S.54
Dornheim, Situation	Carl Dornheim, Die Situation auf dem Gebiet des Wasserrechts, Vortrag auf der Tagung des Westdeutschen Wasserwirtschaftsverbandes in Essen am 7.10.1957, in: Jahresversammlung des Westdeutschen Wasserwirtschaftsverbandes 1957, S. 102 ff., zugleich in: Rundschreiben des Deutschen Städtetages vom 14.10.1957
Drews-Wacke	Gerhard Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage des von Bill Drews begründeten Leitfadens, Berlin, Köln, München, Bonn 1961
Dürig, Grundrechte	Günther Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff.

- Dürig, Staat Günter Dürig, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in: Staat und Bürger, Festschrift für Wilhelm Apelt zum 80. Geburtstag, München und Berlin 1958, S. 13 ff.
- Dürig, Voraussetzungen Günter Dürig, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes "öffentliches Interesse", Jur.Diss. München 1949
- DVB1 Deutsches Verwaltungsblatt
- Engelhardt Wolfgang Engelhardt, Aktuelle Probleme unseres Wasserhaushaltes, in: Wasserrecht - Wassertechnik, 1960, S. 33
- Erman Walter Erman, Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, Band 1 und 2, Münster 1962
- Esser Josef Esser, Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1960
- Eyermann - Fröhler Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage, München und Berlin 1962
- Eymann - Schubert Otto Eymann und Otto Schubert, Das bayerische Wassergesetz vom 23.3.1907, 2. Auflage, Band 1-3, Ansbach 1926-1929
- Feldt Leo Georg Feldt, Hessisches Wassergesetz vom 6.7.1960, Berlin 1964
- FG Preußisches Fischereigesetz vom 11.5.1916 (GS S. 55)
- Fischerhof, Disk. Hans Fischerhof, Diskussionsbeitrag zu den Vorträgen von Paul Gieseke und Helmut Külz, in: Paul Gieseke, Umfang und Behandlung der alten Rechte und Befugnisse nach dem Wasserhaushaltsgesetz, Das Recht der Wasserwirtschaft, Heft 7, München 1959, S. 46

- XII -

- Fischerhof, Entschädigung
Hans Fischerhof, Entschädigung und Schadensersatz bei Warm- und Heißwassereinleitungen, in: Beiträge zum Recht der Wasserwirtschaft und zum Energierecht, Festschrift für Paul Giesecke, Karlsruhe 1958, S. 163 ff.
- Fischerhof, Versorgung
Hans Fischerhof, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, in: Die Öffentliche Verwaltung, 1957, S. 305 ff.
- Fleiner
Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Neudruck der 8.Aufl. 1928, Aalen 1960
- Forsthoff
Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8.Aufl., Band 1, Allgemeiner Teil, München und Berlin 1961
- Forsthoff, Fragen der Zuständigkeit
Ernst Forsthoff, Fragen der Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Wasserrechts, Rechtsgutachten, Köln 1956
- Friauf
Heinrich Friauf, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, in: Juristische Schulung, 1962, S.422 f
- Friesecke, Benutzungs-entgelte
Albrecht Friesecke, Benutzungsentgelte im künftigen Wasserrecht, in: Die Wasserwirtschaft, 1959, S. 287 ff.
- Friesecke, Entwicklung
Albrecht Friesecke, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Bundesrepublik, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1963, S. 2297 ff.
- Friesecke, Gemeinverträglichkeit
Albrecht Friesecke, Die Gemeinverträglichkeit im Wasserrecht, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1960, S. 711 ff.
- Friesecke, Plan
Albrecht Friesecke, Der Plan im neuen Wasserrecht, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1961, S. 809 ff.

Friesecke, Recht	Albrecht Friesecke, Recht der Bundeswasserstraßen, Köln, Berlin, Bonn 1962
Fuhr	Eberhard Fuhr, Kommentar zur Gewerbeordnung, Berlin 1960
Gässler	Willi Gässler, Die deutsche Industrie zur Abwasserfrage, in: Österreichische Wasserwirtschaft, 1957, S. 36
GBI	Gesetzblatt
GewO	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 26.7.1900
GG	Grundgesetz
Giacometti	Z. Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Band 1, Zürich 1960
Giese	Friedrich Giese, Die Bundeswasserstraßen als Gegenstand der Bundeskompetenz, Rechtsgutachten dem Bundesminister für Verkehr erstattet, Bielefeld 1955
Gieseke, Arbeiten	Paul Gieseke, Die Arbeiten für ein neues Wasserrecht, in: Die Wasserwirtschaft, 1951/52, S. 237 ff.
Gieseke, Bedeutung	Paul Gieseke, Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens, in: Festschrift Ernst Heymann, Band 2, Weimar 1940, S. 112 ff.
Gieseke, Grundfragen	Paul Gieseke, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung, in: Die Öffentliche Verwaltung, 1958, S. 325
Gieseke, Haftung	Paul Gieseke, Die Haftung für Änderungen der Wasserbeschaffenheit nach dem neuen deutschen Wasserrecht, in: Zeitschrift für Wasserrecht, 1962, S. 4 ff.
Gieseke, Rechtseinheit	Paul Gieseke, Rechtseinheit im Wasserrecht? in: Das Recht der Wasserwirtschaft, Heft 9, München 1961, S. 7

- Gieseke, Rechtsfragen Paul Gieseke, Rechtsfragen der wasserwirtschaftlichen Rahmenplanung, in: Das Recht der Wasserwirtschaft, Heft 1, München 1955, S. 7 ff.
- Gieseke, Umfang Paul Gieseke, Umfang und Behandlung der alten Rechte und Befugnisse nach dem Wasserhaushaltsgesetz, in: Das Recht der Wasserwirtschaft, Heft 7, München 1959, S. 7 ff.
- Gieseke, Verhältnis Paul Gieseke, Das Verhältnis von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Einzelregelungen für die Gewässerbenutzung, in: Jahresversammlung Westdeutscher Wasserwirtschaftsverband e.V. Essen vom 18.10.1954, (Jahreshefte der Wasserwirtschaft)
- Gieseke, WHG Paul Gieseke, Das Wasserhaushaltsgesetz, in: Die Öffentliche Verwaltung, 1957, S. 707 ff.
- Gieseke - Scheuner Paul Gieseke und Ulrich Scheuner, Die Zuständigkeit zur Verwaltung der Bundeswasserstraßen unter besonderer Berücksichtigung des preußischen Einschränkungsgesetzes, Das Recht der Wasserwirtschaft, Heft 3, München 1957
- Grimme, Geltungsbereich Wilhelm Grimme, Sachlicher Geltungsbereich der neuen Wassergesetze, in: Wasserrecht - Wassertechnik, 1960, S. 45 f.
- Grimme, WHG Wilhelm Grimme, Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts vom 27.7.1957, in: Alexander Wüsthoff, Handbuch des deutschen Wasserrechts, Neues Recht des Bundes und der Länder, Position C 10 E, 1959
- GS Gesetzssammlung
- GVBl Gesetz- und Verordnungsblatt
- GW Paul Gieseke und Werner Wiedemann, Wasserhaushaltsgesetz unter Berücksichtigung der Landeswassergesetze, München und Berlin 1963
- GWf Das Gas- und Wasserfach

- h.M. herrschende Meinung
- Hamann Andreas Hamann, Anmerkung zu Nr. 36, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1956, S. 1940
- HambWG Hamburgisches Wassergesetz vom 20.7. 1960 (Hamburger GVBl S. 335)
- Hangartner Yvo Hangartner, Widerruf und Änderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Zürich und St.Gallen 1959
- Hartmann - Kraft R. Hartmann und (ohne Vornamen) Kraft, Das Landeswassergesetz von Rheinland-Pfalz, in: Die Praxis der Gemeindeverwaltung, 1961, 32. Lieferung Rheinland-Pfalz
- Haueisen, Verwaltungs-akte Fritz Haueisen, Verwaltungsakte mit Dauerwirkung, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1958, S. 1065 ff.
- Heinzmann Rolf Heinzmann, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, Jur.Diss. Tübingen 1958
- Hess.Bachges. Gesetz, die Bäche und die ständig fließenden Gewässer betreffend (Hessisches Bachgesetz) vom 30.7.1887 (RegBl S. 149)
- HKS L. Holtz, F. Kreutz und Paul Schlegelberger, Das Preussische Wassergesetz vom 7.4.1913, Band 1: unveränderter Nachdruck der 3. und 4.Auflage, Köln 1955; Band 2: unveränderter Nachdruck der 4.Auflage, Köln 1955
- Hofacker Wilhelm Hofacker, Das Württembergische Wasserrecht in seinen Grundzügen, in: Mitteilungen des Deutschen Wasserwirtschafts- und Wasserkraftverbandes e.V. 1927, Nr 19
- Huber, Gemein-gebrauch Ernst Rudolf Huber, Zur Problematik des Gemeingebrauchs an öffentlichen Straßen, in: Die Öffentliche Verwaltung, 1955, S. 129 ff.

- Huber, Wirtschafts-
verwaltungsrecht Ernst Rudolf Huber, Wirtschaftsverwal-
tungsrecht, 2. Auflage, Band 1 und 2,
Tübingen 1953-1954
- Hubmann Heinrich Hubmann, Grundsätze der In-
teressenabwägung,
in: Archiv für die civilistische
Praxis, neue Folge 35, 1956, S. 85 ff.
- HWG Hessisches Wassergesetz vom 6.7.1960
(GVBl S. 69)
- Jacobi Erwin Jacobi, Betrieb und Unternehmen
als Rechtsbegriffe,
in: Festschrift der Leipziger Juristen-
fakultät für Victor Ehrenberg zum
30.3.1926, Leipzig 1927, S. 1 ff.
- Jellinek, System Georg Jellinek, System der subjektiven
öffentlichen Rechte, 2. Auflage,
Tübingen 1905
- Jellinek, Verwaltungs-
recht Walter Jellinek, Verwaltungsrecht,
3. Auflage, Offenburg 1948
- Jesch Walter Jesch, Unbestimmter Rechtsbe-
griff und Ermessen,
in: Archiv des öffentlichen Rechts,
Band 82, 1957, S. 164 ff.
- Ipsen Hans Ipsen, Widerruf gültiger Verwal-
tungsakte, Hamburg 1932
- Jung Hans Jung, Probleme des Widerrufs-
vorbehaltes,
in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1957,
S. 708 ff.
- JW Juristische Wochenschrift
- JZ Juristenzeitung
- Kirdorf, LWG W. Kirdorf, Das Landeswassergesetz
von Rheinland-Pfalz, Vortrag auf der
Haupttagung des Südwestdeutschen
Wasserwirtschaftsverbandes 1961 in
Bad Kreuznach, S. 14 ff.

- Klein - Koerbel Friedrich Klein und Peter Koerbel, Die Zuständigkeiten des Bundes zur Gesetzgebung und hoheitlichen Verwaltung hinsichtlich der Bundeswasserstraßen, Die Wasserwirtschaft, 1960, Sonderheft
- Köhler, Betriebsbeauftragte Helmut Köhler, Der wasserwirtschaftliche Betriebsbeauftragte, Berlin 1961
- Köhler, Kommentare Helmut Köhler, Kommentare: Zum Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, in: Wasser, Luft und Betrieb, 1958, S. 177-178, 205-206
- Köttgen Arnold Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung, Göttingen 1961
- Kolb, WHG Fritz Kolb, Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, Kommentar, Köln 1958
- Kolb, Zwangsrechte Fritz Kolb, Die Zwangsrechte im deutschen Wasserrecht, in: Der Landkreis, 1961, S. 79 f.
- Koll. Kolloquien über Fragen des Wasserrecht und der Wasserwirtschaft, veranstaltet vom Institut für das Recht der Wasserwirtschaft an der Universität Bonn, vervielfältigte Manuskripte
20. Koll. Erhebung von Gebühren und Entgelten bei der Benutzung von Bundeswasserstraßen, Diskussionsthema des 20. Koll. am 6.5.1955
21. Koll. Fragen des Wasserrechts und der Wasserwirtschaft, einleitendes Referat zum 21. Koll. am 20.5.1955 von Paul Gieseke
53. Koll. Anlagen in und an Wasserläufen, einleitendes Referat zum 53. Koll. am 6.6.1958 von Paul Gieseke
64. Koll. Einwendungen im wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der landesrechtlichen Ergänzungen zu § 8 Abs. 4 WHG, einleitendes Referat zum 64. Koll. am 3.7.1959 von Paul Gieseke

68. Koll. Die Anwendung des Wasserhaushaltsgesetzes nach den Lnuergesetzen (2. Fortsetzung), einleitendes Referat zum 68.Koll am 24.6.1960 von Paul Gieseke
- 71.Koll. Durchleitungs- und Mitbenutzungsrechte und andere Zwangsrechte nach den neuen Landeswassergesetzen, einleitendes Referat zum 71.Koll. am 25.11.1960 von Paul Gieseke
74. Koll. Die rechtliche Bedeutung von Wasserstand, Wassermenge, Vorflut und Wasserabfluß in den Landeswassergesetzen unter Berücksichtigung der Frage des Anspruchs auf Wasserzufluß, einleitendes Referat zum 74.Koll. am 27.1.1961 von F.J. Burghartz
79. Koll. Der Betriebsbeauftragte aus der Sicht der Wasserbenutzer, einleitendes Referat zum 79. Koll. am 14.7.1961 von Paul Gieseke mit einem weiteren Referat von Dr. Teller
82. Koll. Das Verhältnis des Wasserstraenreinhaltegesetz zum Wasserhaushaltsgesetz und zu den Landeswassergesetzen, einleitendes Referat zum 82.Koll. am 19.1.1962 von Paul Gieseke
92. Koll. Widerruf und Beschränkung alter Rechte und Befugnisse, einleitendes Referat zum 92. Koll. am 22.2.1963 von Paul Gieseke
93. Koll. Der Ausgleich von Benutzungsrechten und -befugnissen (unter Berücksichtigung des § 5 WHG), einleitendes Referat zum 93. Koll. am 10.5.1963
100. Koll. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im Wasserrecht, einleitendes Referat zum 100.Koll. am 17.1.1964 von Paul Gieseke
- Kormann Karl Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910

- Krauss Rupprecht von Krauss, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1955
- Krüger, Auflage Herbert Krüger, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1955, S. 380 ff., 450 ff., 518 ff.
- Krüger, Grundfragen Herbert Krüger, Grundfragen einer rechtsstaatlichen Wassergesetzgebung, Rechtsgutachten, Köln 1957
- Krüger, Wasserrecht Herbert Krüger, Das neue Wasserrecht und die alten Berechtigungen, Rechtsgutachten, Hamburg 1961
- Kübler Karl Kübler, Zur Behandlung der alten Rechte und alten Befugnisse im Wasser-Haushaltsgesetz, in: Die Öffentliche Verwaltung, 1958, S. 728 ff.
- Külz Helmut R. Külz, Das "Wohl der Allgemeinheit" im Wasserhaushaltsgesetz, in: Beiträge zum Recht der Wasserwirtschaft und zum Energierecht, Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, S. 187 ff.
- Landmann - Rohmer Robert von Landmann, Gustav Rohmer, Gewerbeordnung, 11. Auflage neubearbeitet von Erich Eyermann und Lufwig Fröhler, Band 1, München und Berlin 1956
- Landt Elmar Landt, Erlaubnis und Bewilligung nach dem Wasserhaushaltsgesetz, in: Das Wassertriebwerk, 1957, S. 112 ff. fortgesetzt 1958, S. 3
- Lange Otto Lange, Der Besitz des Jagdpächters, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Neue Folge 6, 1928, S. 311 ff.
- Larenz Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960

- Lechner Hermann Lechner, Der Entwurf des Wasserhaushaltsgesetzes, in: Wasser und Boden, 1956, S. 170 ff.
- Lehmann Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Recht, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958
- Lehmann, Unterlassungspflicht Heinrich Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, München 1906
- Lenhard - Reichau Preußisches Wassergesetz vom 7.4.1913, mit Kommentar von Alfred Lenhard und Werner Reichau, Berlin 1914-1918
- Loenig Hellmuth Loenig, Die gesetzliche Koppelung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessenstatbestand bei der Versagung und Entziehung von Begünstigungen, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1952, S. 197-201, 135-139
- LT - Drucks. 49 Landtag Rheinland-Pfalz, 4. Wahlperiode, 1959, Drucksache Nr. 49, Abt. II, Regierungsvorlage Entwurf Landeswassergesetz (LWG)
- Lüders K. Lüders, Wo endet an der Nordseeküste der Geltungsbereich des WHG? in: Wasser und Boden, 1959, S. 189 ff
- LWG Landeswassergesetz vom 1.8.1960 für Rheinland-Pfalz (GVBl S. 153)
- Malzer G. Malzer, Anschluß- und Benutzungszwang hinsichtlich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung bei gewerblichen und industriellen Unternehmen, in: Der Betriebsberater, 1961, S. 1137 ff.

- Martens Wolfgang Martens, Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln, in: Juristische Schulung, 1962, S. 245 ff.
- Maunz - Dürig Theodor Maunz und Günter Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1958
- Mayer, Gemein-gebrauch Franz Mayer, Der Gemeingebrauch, in: Juristische Schulung, 1963, S. 205 ff.
- Mayer, Opportunitätsprinzip Franz Mayer, Das Opportunitätsprinzip in der Verwaltung, Berlin 1963
- Mayer, Verwaltungsrecht Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Band 1 (unveränderter Nachdruck) Berlin 1961; Band 2, München und Leipzig 1924
- Memorandum Bundesministerium für Wirtschaft, Memorandum über die Notlage der gemeindlichen, gewerblichen und industriellen Wasserwirtschaft im Gebiet der deutschen Bundesrepublik, Bonn 1950
- Menger Christian-Friedrich Menger, Höchst-richterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: Verwaltungsarchiv, 51. Band, 1960, S. 262 ff.
- Menger, Praxis Christian-Friedrich Menger, Aus der Praxis der Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Verwaltungsarchiv 1960, S. 64 ff.
- MSH Christian Meisner, Heinrich Stern und Fritz Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in Westberlin, 4. Aufl., Berlin 1964
- Müller Horst Joachim Müller, Subjektive und objektive Auslegungstheorie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Juristenzeitung, 1962, S. 471 ff.

- v. Münch Ingo von Münch, Der Widerrufsvorbehalt im Verwaltungsrecht, in: Juristenzeitung, 1964, S. 53-57, S. 121-127
- Musterentwurf Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), Köln und Berlin 1964
- Nau Philipp Nau, Der Gemeingebruch an öffentlichen Wegen, Jur.Diss.Mainz 1957
- Nipperdey Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 1: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Band 1.2., 15.Aufl. von Hans Carl Nipperdey, Tübingen 1959-1960
- Nipperdey, Kontrahierungszwang Hans Carl Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920
- NJW Neue Juristische Wochenschrift
- NWG Niedersächsisches Wassergesetz vom 7.7.1960 (Nds.GVB1 S. 105)
- Obermayer Klaus Obermayer, Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1963, S. 1178 ff.
- Oberste - Brink Karl Oberste-Brink, Die Industrie und das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, in: Beiträge zum Recht der Wasserwirtschaft und zum Energierecht, Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, S. 251 ff.
- Ossenbühl Fritz Ossenbühl, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, Berlin 1964
- OVG Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts

OVG Mü/Lü	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg, Münster (Band 1 1951 ff.)
Palandt	Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 24.Aufl., München und Berlin 1965
Petersen	Kurt Petersen, Grundprinzipien und Grenzen des Gemeingebruchs gegenüber dem Eigentum an öffentlichen Wegen im Rahmen der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Juristische Diss. Hamburg 1935
Planck	Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bisher herausgegeben von E.Strohal, 2. Band, 2. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4.Aufl., Berlin und Leipzig 1928
Pr.WG	Preußisches Wassergesetz vom 7.4.1913 (GS S. 5)
Prot. ... Sitzg.	Protokoll über die Sitzungen des Sonderausschusses für das Landeswassergesetz von Rheinland-Pfalz, 1959-1960, Maschinenschrift
PVG	Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz vom 26.3.1954 (GVBl S.31)
Ref.	Referat
RegBl	Regierungsblatt
Reger	A. Reger's Handausgabe der Gewerbeordnung für das deutsche Reich, in 6. Aufl. herausgegeben von Theodor Stöhsel, Band 1, Abbach 1916
Rehder, Behandlung	Joachim Rehder, Die Behandlung der alten Rechte und alten Befugnisse nach dem WHG und den Landeswassergesetzen, in: Wasser und Boden, Jahrgang 12, 1960, S. 426 ff.

- Rehder, NWG Joachim Rehder, Niedersächsisches Wassergesetz, 2.Aufl., Hannover 1963
- Reinhardt Klaus Reinhardt, Berechtigung und Bedeutung des Eigentums an Wasserläufen nach deutschem Wasserrecht, Jur.Diss. Bonn 1960
- Reuss Hermann Reuss, Das Ermessen, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1953, S. 585 ff.
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11.Aufl., Band 2, 2. Einzelne Schuldverhältnisse, bearbeitet von Robert Fischer und anderen, Berlin 1960
- RGSt Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (1.1880-77.1944)
- Riederer - Sieder Johann Riederer, Frank Sieder, Bayerisches Wassergesetz, Kommentar, München 1957
- Rimann Waldemar Rimann, Zur Rechtsnachfolge im öffentlichen Recht, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1962, S. 553-555
- Rn. Randnummer
- Rohde Hans-Günther Rohde, Rechtsfragen zum Wasserhaushaltsgesetz und die Auswirkung einer Haftung nach diesem Gesetz auf bestehende und zukünftige Kfz-Haftpflicht- und Haftpflicht - Versicherungsverträge, in: Versicherungsrecht, 1962, S.103 ff.
- von Rosen-v.Hoewel Harry von Roden-von Hoewel, Gebühren, Beiträge, Hand- und Spanndienste, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 3: Kommunale Finanzen und kommunale Wirtschaft, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1959, S. 454-480

- Rosenberg Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrecht, 9.Aufl., München und Berlin 1961
- Rumetsch Rudolf Rumetsch, Kommunalabgabengesetz für Rheinland-Pfalz vom 8.11.1954, Kommentar, Siegburg 1956
- Salinger M. Salinger, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jahrgang 62, 1918, S. 289 ff.
- Salzwedel, Gedanken Jürgen Salzwedel, Gedanken zur Fortentwicklung des Rechts der öffentlichen Sachen, in: Die Öffentliche Verwaltung, 1963, S. 241
- Salzwedel, Gemein-
gebrauch Jürgen Salzwedel, Gemeingebrauch im We- gerecht und Wasserrecht, in: Zeitschrift für Wasserrecht, 1962, S. 73 ff.
- Salzwedel, Grenzen Jürgen Salzwedel, Die Grenzen der Zu- lässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958
- Salzwedel, Maßnahmen Jürgen Salzwedel, Maßnahmen der Was- serbehörden im Interesse der öffent- lichen Wasserversorgung, in: Das Gas- und Wasserfach, 1963, S. 1141 ff.
- Salzwedel, Rechtsweg Jürgen Salzwedel, Der Rechtsweg im Wasserrecht, in: Das Recht der Wasserwirtschaft, Heft 12, Köln 1962, S. 50 ff.
- Sauer Ernst Sauer, Das Wasser und die Zivi- lisation, in: Das Gas- und Wasserfach, 1961, S. 94
- Sauer - Lais - Quirll Ernst Sauer, Rudolf Lais und Ferdinand Quirll, Gesetz zur Ordnung des Wasser- haushaltes vom 27.7.1957, Stollhamm 1958

- Schack, Enteignung Friedrich Schack, Enteignung "nur zum Wohle der Allgemeinheit", in: Der Betriebsberater, 1961, S. 74 ff.
- Schack, Sondernutzung Friedrich Schack, Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Recht, in: Verwaltungsarchiv, Band 54, 1963, S. 43 ff.
- Scheerbarth Walter Scheerbarth, Ist im Verwaltungsrecht die Hermeneutik auf Abwegen? in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1960, S. 185 ff.
- Schenkel Karl Schenkel, Das badische Wasserrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1902
- Schenkel, Gewerbeordnung Karl Schenkel, Die deutsche Gewerbeordnung, 2. Auflage, Band 1, 1892
- Scheuner Ulrich Scheuner, Die Gemeinverträglichkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs und der Nutzung öffentlicher Sachen, in: Beiträge zum Recht der Wasserwirtschaft und zum Energierecht, Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, S. 73 ff.
- Schlegelberger Paul Schlegelberger, Fischereigesetz vom 11.5.1916, in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, neu herausgegeben von Bill Drews und Gerhard Lassar, 17. Aufl. Berlin 1929, Band 3, S. 374 ff.
- Schmitt (ohne Vornamen) Schmitt, Die wasserrechtliche Behandlung des Brückenbaus in: Bayerische Verwaltungsblätter, 1961, S. 174 ff.
- Schneider Peter Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, Berlin 1963, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 20
- Seebohm Hans Christoph Seebohm, Die Bundeswasserstraßen, in: Mitteilungen der Vereinigung Deutscher Gewässerschutz, 1958, S. 4 ff.
- Sievers, Nutzung Rudolf Sievers, Nutzung und Eigentum an oberirdisch fließenden Gewässern, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1962, S. 77 ff.

- Sievers, Problematik Rudolf Sievers, Die Problematik der Landesgesetzgebung zum Wasserrecht, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1962, S. 313-322
- Sievers, Wasserrecht Rudolf Sievers, Wasserrecht als Ent-eignung, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1959, S. 605-612, 645-650
- Sievers, WHG Rudolf Sievers, Zum Wasserhaushalts-gesetz der Bundesrepublik, in: Beiträge zum Recht der Wasser-wirtschaft und zum Energierecht, Festschrift für Paul Gieseke, Karls-ruhe 1953, S. 259 ff.
- Sievers, Zwangsrechte Rudolf Sievers, Zwangsrechte im Was-serrecht, in: Reichsverwaltungsblatt, Band 61, 1940, S. 517 ff.
- Smend Rudolf Smend, Zum Problem des Öffent-lichen und der Öffentlichkeit, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnis-schrift für Walter Hellinek, München 1955, S. 11 ff.
- StAnpG Reichs-Steueranpassungsgesetz vom 16.10.1934 (RGBl I 925)
- Staudinger Julius von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Band 1: Allgemeiner Teil, erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing; Band 3: Sachenrecht, erläutert von Hans Berg, Josef Ring und Günther Seufert, Berlin 1956-1957
- Stern Klaus Stern, Zur Problematik des ener-giewirtschaftlichen Konzessionsver-trages, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Band 84, 1959, S. 273 ff.
- Stern, Grundlegung Klaus Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Ver-trages, in: Verwaltungsarchiv, Band 49, 1958, S. 106 ff.

Stern, Rechtsfragen	Klaus Stern, Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater, in: Juristenzeitung, 1960, S. 557 ff.
Surén	Friedrich-Karl Surén, Gemeindeabgabenrecht der ehemals preußischen Gebiete, Köln und Berlin 1950
SWG	Saarländisches Wassergesetz vom 28.6. 1960 (Amtsbl. S. 511)
SZ	Frank Sieder und Herbert Zeitler, Wasserhaushaltsgesetz, München und Berlin 1965
SZ, Straßen- und Wegegesetz	Frank Sieder und Herbert Zeitler, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Kommentar, München 1960
v. Tegelen	Otto Wilhelm von Tegelen, Der Stand der Wassergesetzgebung der Länder, in: Wasser, Luft und Betrieb, 1960, S. 78
v. Tuhr	Andreas v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Band 1, Leipzig 1910; Band 2, 2.Hälfte, München und Leipzig 1918
Ule, Anwendung	Carl Hermann Ule, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 309 ff.
Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit	Max von Brauchitsch: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, neu herausgegeben von Carl Hermann Ule, Band 1,2: Verwaltungsgerichtsbarkeit, bearbeitet von Carl Hermann Ule, 2.Aufl., Köln, Berlin, München 1962
Ule, Verwaltungsprozeßrecht	Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 3.Aufl., München und Berlin 1963
VersR	Versicherungsrecht (1.1950 ff.)
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung v.21.1.1960 (BGBl I S. 17)

WdA	Wohl der Allgemeinheit
Weber	Werner Weber, Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte, herausgegeben von Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey und Ulrich Scheuner, Band 2, Berlin 1954, S. 331 ff.
Weides	Peter Weides, Verwaltungsakt und Widerspruchsbeseid in der Öffentlich-rechtlichen Arbeit, in: Juristische Schulung, 1964, S.62 ff.
Werneburg	(ohne Vornamen) Werneburg, Die Ableitung von Wasserläufen, in: Zeitschrift für Agrar- und Wasserrecht, Band 6, 1926, S. 193-207, 289-299
Wernicke	Konrad Wernicke, Das Einbringen und Einleiten sowie das Lagern und Ablagern von Stoffen im Wasserhaushaltsgesetz, in: Zeitschrift für Wasserrecht, 1963, S. 270 ff.
Westermann	Harry Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, 4.Auflage, Karlsruhe 1960
Weustenfeld	Wilfried Weustenfeld, Die Bedeutung des Gemeinwohls im Rechts- und Staatsdenken der Gegenwart, Jur.Diss.Münster 1962
WG	Wassergesetz
WGBW	Wassergesetz für Baden-Württemberg vom 25.2.1960 (GBl S. 17)
WGNRW	Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 22.5.1962 (GV.NW S.235)
WGSchH	Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein vom 25.2.1960 (GVObI. Schl. -H. S. 39)
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts vom 27.7.1957 (BGBl I S. 1110)
Wiedemann	Werner Wiedemann, Die Verleihung von Wassernutzungsrechten in ihrer praktischen Gestaltung, in: Das Recht der Wasserwirtschaft, Heft 1, München 1955, S. 56 ff.

- Willigmann Klaus Willigmann, Koppelung von Verwaltungsakten mit wirtschaftlichen Gegenleistungen, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 1963, S. 229 ff.
- Witzel, WHG Gustav Witzel, Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, 5.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1964
- Wolff Hans Julius Wolff, Verwaltungsrecht I, 5.Aufl., München und Berlin 1963
- Wolff, Unterschied Hans Julius Wolff, Der Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Band 76, 1950/51, S. 205 ff.
- Wolff - Raiser Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 23.-27 Aufl., 10.Bearbeitung, Band 3: Martin Wolff und Ludwig Raiser, Sachenrecht, Marburg und Tübingen 1957
- WRV Die Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Verfassung) vom 11.8.1919 (RGBl S. 1383)
- WStrRG Gesetz zur Reinhaltung der Bundeswasserstraßen vom 17.8.1960 (BGBl II S. 2125)
- Württ.WG Württembergisches Wassergesetz vom 1.12.1900 (RegBl S. 921)
- Wüsthoff, Handbuch 1949 Alexander Wüsthoff, Handbuch des deutschen Wasserrechts, Band 1 und 2, Berlin, Bielefeld, Detmold 1949
- Wüsthoff, Handbuch 1958 Alexander Wüsthoff, Handbuch des deutschen Wasserrechts, fortgeführt von Walther Kumpf, Band 1-4, Berlin 1958
- Wüsthoff, Wasserversorgung Alexander Wüsthoff, Die öffentliche Wasserversorgung im Wasserhaushaltsgesetz, in: Kommunalwirtschaft, 1958, S. 212f.

ZfW

Zeitschrift für Wasserrecht

Zippelius

Reinhold Zippelius, Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das Bayerische Straßen- und Wegegesetz, in: Die Öffentliche Verwaltung, 1958, S. 838 ff.

E i n l e i t u n g

Das Wasser ist als Lebensgrundlage für Mensch, Tier und Pflanze unentbehrlich. Sowohl die Industrie als auch die Landwirtschaft sind auf die Inanspruchnahme des Wassers angewiesen. Den Kommunen dient es zur Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser und zur Aufnahme von Abwasser. Die Wasserkraft, die sog. weiße Kohle, wird als Energiespender benötigt.

Der ständig steigende Wasserverbrauch der Industrie¹⁾, die großen Wasseranforderungen der modernen Landwirtschaft, die wachsende Nachfrage nach "weißer Kohle" und der mit dem Bevölkerungszuwachs zusammenhängende Mehrbedarf an Trinkwasser haben dazu geführt, daß Wasser heute vielfach zur Mangelware geworden ist²⁾. Hinzu kommt die oft unerträgliche Verschmutzung der Flüsse, die eine Wassernutzung für manche Zwecke ausschließt und auch die Fischerei fast unmöglich macht³⁾.

Eine sparsame Verwendung der Wasservorkommen und deren Schutz vor schädlicher Benutzung ist daher dringend angezeigt. Beides kann nur geschehen durch eine zielbewußte Ordnung aller Einwirkungen auf das oberirdische und unterirdische Wasser.

Ob und wie die notwendige Ordnung durchgeführt werden kann, richtet sich weitgehend nach den geltenden Wassergesetzen. Bei der Neuregelung der staat-

1) Vgl. Oberste-Brink, S. 251 f.; Sauer, S. 94.

2) Seebohm, S. 4; Denkschrift BMV, S. 11 f.; Memorandum, S. 46; Balke, S. 62.

3) Engelhardt, S. 34, 38 f.; Denkschrift BMV, S. 11; Memorandum, S. 47.

lichen Verhältnisse nach 1945 sind zunächst die alten Wassergesetze der früheren Länder in Kraft geblieben. Deren Geltungsbereich deckte sich jedoch nicht mehr mit den Grenzen der neu gebildeten Länder der Bundesrepublik. In den ehemals preußischen Gebietsteilen der neuen Länder Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Hessen galt nach wie vor das Preußische Wassergesetz von 1913 (GS S. 53)¹⁾. In Baden-Württemberg blieb das Badische Wassergesetz von 1899 (GVBl S. 309)²⁾, das Württembergische Wassergesetz von 1900 (RegBl S. 921)³⁾ und im ehemaligen preußischen Regierungsbezirk Hohenzollern-Sigmaringen das Preußische Wassergesetz in Kraft. In Hessen fand neben dem Preußischen Wassergesetz das Bachgesetz (RegBl S. 149)⁴⁾ und das Dammbaugesetz (RegBl S. 105)⁵⁾, beide von 1887, Anwendung, die durch ein Angleichungsgesetz von 1957 (GVBl S. 50)⁶⁾ ergänzt wurden. In Niedersachsen wurde noch das Braunschweigische Wassergesetz von 1876 (Gs u. VO Sammlung S. 285)⁷⁾, die Oldenburgische Wasserordnung von 1868 (GBI S. 838)⁸⁾ und die Schaumburg-Lippischen Wassergesetze⁹⁾ angewandt. Die Länder Hamburg und Bremen hatten ihre besonderen Wasserrechte aufrechterhalten¹⁰⁾. In Bayern blieb das

1) abgedruckt in Wüsthoff, Handbuch (1949) S.369 ff.

2) " " " " " S.787 ff.

3) " " " " " S.1469 ff.

4) " " " " " S.1149 ff.

5) " " " " " S.1187 ff.

6) " " " " " (1958) D 500 T

7) " " " " " (1949) S.1079 ff.

8) " " " " " (1949) S.1265 ff.

9) Vgl. dazu den Überblick in Wüsthoff, Handbuch 1949 S.1402.

10) vgl. dazu Wüsthoff, Handbuch (1949) S.1113 ff. u. S.1133 ff.

Bayerische Wassergesetz von 1907 (GVBl S. 157) ¹⁾ in Kraft. In Nordrhein-Westfalen galt einheitlich das Preußische Wassergesetz, nachdem es 1952 auch im Landesteil Lippe-Detmold eingeführt worden war. Im Saarland fand preußisches und bayerisches Wasserrecht Anwendung, während in Rheinland-Pfalz darüber hinaus noch hessisches Wasserrecht galt. Das Wasserrecht in Rheinland-Pfalz wurde 1956 ergänzt durch ein Gesetz zum Schutze der Gewässer (GVBl S. 123) ²⁾.

Der dadurch geschaffene Rechtszustand war äußerst unübersichtlich. Außerdem wichen die Landesgesetze auch in ihrer Grundkonzeption voneinander ab. Ein Teil der Wassergesetze ging mehr von einer privatrechtlichen, ein anderer mehr von einer öffentlich-rechtlichen Grundeinstellung aus ³⁾: Verschieden war die Auffassung darüber, wann Befugnisse zur Wasserbenutzung zu erteilen oder zu versagen waren. Die Bedeutung der Ausdrücke "Verleihung, Genehmigung, Ermächtigung oder Erlaubnis" war in den einzelnen Gesetzen unterschiedlich ⁴⁾. Auch die Rechtswirkungen der einzelnen Wasserbenutzungsbefugnisse wichen voneinander ab. Die vorhandenen Wassergesetze konnten außerdem den Anforderungen der modernen Wasserwirtschaft nicht mehr gerecht werden. Der Schutz des Grundwasservorkommens war nach den meisten Landeswassergesetzen nicht mehr ausreichend gewährleistet ⁵⁾. Die Vorschriften über die Reinhaltung der oberirdischen Gewässer waren der zunehmenden Verschmutzung nicht mehr gewachsen ⁶⁾.

1) abgedruckt in Wüsthoff, Handbuch (1949) S.915 ff.

2) abgedruckt in Wüsthoff, Handbuch (1958) D 800 T.

3) Vgl. Gieseke, Arbeiten, S. 237.

4) Denkschrift BMV, S. 14 f.; Lechner, S. 171.

5) Vgl. Denkschrift BMV, S. 15/16; Gieseke, Verhältnis, S. 53 f.

6) So BT-Drucks. 3536, S. 1.

Die aufgezeigten Mängel haben daher schon seit längerer Zeit eine Neuregelung erforderlich gemacht. Die Befugnis des Bundes zum Erlaß übergebietlicher Wasserrechtsnormen ist nach Art. 75 Nr. 4 GG auf die Rahmengesetzgebung begrenzt. Diese Kompetenzbeschränkung hat die Arbeiten an der Neuregelung erschwert. Einerseits mußte nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes¹⁾ das Rahmengesetz so gefaßt sein, daß es durch Landesgesetz ausgefüllt werden kann, und daß die Regelung, die den Ländern verbleibt, von substantiellem Gewicht ist. Andererseits bestand jedoch ein dringendes Bedürfnis an einer überregionalen Regelung, da das Wasser an den Landesgrenzen nicht halt macht und die Wirkung einer Wasserbenutzung in einem Lande sich oft erst in einem anderen Lande zeigt.

In dieser Erkenntnis hatte denn auch der Bundesrat in seinem Beschluß vom 25.4.1952²⁾ die Bundesregierung ersucht, den Begriff Rahmenvorschriften so weit wie möglich zu deuten. Damit war jedoch die Bundesregierung nicht der Pflicht enthoben zu prüfen, wo die Grenzen der Rahmengesetzgebung liegen.

Das Wasserhaushaltsgesetz ist am 27.6.1957 verkündet und im Gesetzblatt vom 12.8.1957 (BGBl I S. 1110) veröffentlicht worden. Es sollte erst am 1.3.1959 in Kraft treten, um den Ländern Zeit für ihre Ausfüllungsgesetze zu lassen. Da sich jedoch herausstellte, daß die Frist für die Länder noch zu kurz bemessen war, wurde das Inkrafttreten durch Änderungsgesetz vom 19.2.1959 (BGBl I S. 37) auf den 1.3.1960 festgesetzt.

Hauptziel der neueren Gesetzgebung ist, eine ein-

1) BVerfGE 4, S. 129 f.

2) BR-Drucks. 137/52.

heitliche und geordnete haushälterische Bewirtschaftung des oberirdischen und unterirdischen Wassers herbeizuführen, sodaß es in bestmöglicher Menge und Güte für den menschlichen Gebrauch und Verbrauch zur Verfügung stehen kann¹⁾. Um das angestrebte Ziel zu erreichen, werden der Verwaltung weitgehende Einflußmöglichkeiten auf die Nutzung des Wassers eingeräumt. Das zeigt sich vor allem darin, daß ein Katalog von Wasserbenutzungen in Zukunft einer behördlichen Erlaubnis oder Bewilligung bedarf²⁾ und die zulassungsfreien Nutzungsberechtigungen in engen Grenzen gehalten werden³⁾.

Den Ländern blieb es überlassen, sowohl den vom Bund gezogenen gesetzgeberischen Rahmen auszufüllen als auch diesen Rahmen kraft eigener Gesetzgebungskompetenz zu ergänzen. So sind beispielsweise das Eigentum an den Gewässern, die wasserrechtlichen Zwangsrechte und die Ausgestaltung des wasserrechtlichen Verfahrens ausschließlich durch die Landesgesetzgebung geregelt worden.

Um nicht in eine neue Rechtszersplitterung zu verfallen, haben die Länder aufgrund eines unveröffentlichten Verwaltungsabkommens eine Arbeitsgemeinschaft gebildet, die einen Musterentwurf für die neu zu erlassenden Landeswassergesetze ausgearbeitet hat. Ihn haben die Länder ihrer Gesetzgebung zu Grunde gelegt, sodaß die Landesgesetze ihrem Aufbau und ihrem Inhalt nach im wesentlichen übereinstimmen⁴⁾. Für die vorliegende

1) Vgl. dazu BT-Drucks. 3536, S. 4; Witzel, WHG, Einleitung II; S.-Z. Vorb. Rn 5; BVerfG. in NJW. 1962, S. 2246.

2) Vgl. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 WHG.

3) Vgl. etwa §§ 24, 23 WHG i.V.m. § 26 LWG.

4) Vgl. GW, Einleitung IV.

Arbeit konnte daher das Landeswassergesetz von Rheinland-Pfalz stellvertretend für die übrigen Landeswassergesetze berücksichtigt werden. Wo dennoch nennenswerte Unterschiede vorhanden sind, ist dies besonders erwähnt.

Das Wasserrecht ist Bestandteil des öffentlichen Sachenrechts. Im Recht der öffentlichen Sachen geht es einmal um die Scheidung der zulassungsgebundenen von den zulassungsfreien Nutzungen, zum anderen um die Abgrenzung der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Sphäre. Darüber hinaus findet die Seite des Rechts der öffentlichen Sachen immer mehr Aufmerksamkeit, die sich mit der Zusammenordnung der verschiedenen Nutzungsansprüche befaßt. Die gesteigerte Beanspruchung der öffentlichen Sachen macht die Überwachung sowie Koordinierung der vielfältigen Interessen an der Sachnutzung und ihre Ausrichtung unter den übergeordneten Gesichtspunkt des Allgemeinwohls notwendig. Unter diesen Aspekten wird die individuelle Berechtigung gegenüber der Verwaltung immer mehr eingeschränkt.

Die vorliegende Arbeit soll vor allem in dogmatischer Sicht aufzeigen, wie der neuere Gesetzgeber auf dem Gebiet des Wasserrechts die angeführten Sachkomplexe mit Hilfe der beiden Rechtsinstitute, Bewilligung und Erlaubnis, ausgestaltet hat und eine Darstellung der damit zusammenhängenden wesentlichen Probleme geben.

Maßgebend bei der Entwicklung der einzelnen Wasserrechtsnormen soll der zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers sein, also der Sinn, den der Gesetzgeber mit seinen Worten verbunden hat¹⁾. Dabei wird unter dem

1) So die ältere und heute noch vorherrschende subjektive Auslegungstheorie - vgl. dazu vor allem Nipperdey, § 54; zur Anwendung der subjektiven Theorie in der Rechtsprechung auch des BVerfG vgl. Müller, S. 471 ff. und des BGH, vgl. Larenz, S. 237 f. Die subjektive Theorie findet vor allem auch im öffentlichen Recht zahlreiche Befürworter mit zum Teil unterschiedlichen Begründungen (vgl. dazu Schneider, S. 9 f. und die dortigen Zitate). Der subjektiven steht die objektive Theorie gegenüber, die sich auf den im Gesetz selbst zum Ausdruck gelangten, den objektivierten Willen stützt (vgl. dazu Schneider, S. 8 und die dortigen Zitate). Die objektive Theorie ist - kurz zusammengefaßt - deshalb abzulehnen, weil sie den Interpreten zu eng an den Gesetzeswortlaut fesselt und zu einer Wortauslegung wie der zurückführt (im einzelnen vgl. Nipperdey § 54 II, 2)

Willen des Gesetzgebers der im Zusammenwirken der Gesetzgebungsfaktoren zur Herrschaft gelangte Willensinhalt verstanden. Zu fragen ist, welcher Grund, Sinn und Zweck und welche rechtspolitischen Entscheidungen in dem Gesetzgebungsakt herrschend geworden sind, m.a.W. durch das Gesetz zu seiner Entstehungszeit verwirklicht werden sollten¹⁾. Neben terminologischen, systematischen und teleologischen Momenten werden dabei auch die Entstehungsgeschichte der einzelnen Vorschriften und die wasserrechtliche Tradition zur Auslegung herangezogen²⁾.

Soweit der Wille des Gesetzgebers aus der Entstehungsgeschichte nicht erkennbar wird, kommt es darauf an, was ein vernünftiger, die Interessen der Rechtsgenossen berücksichtigender Gesetzgeber vermutlich gewollt haben würde³⁾. Dabei kommen unter anderem auch Momente ins Spiel wie Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Natur der Sache⁴⁾.

1) Vgl. dazu auch Schneider, S. 7 und Larenz, S. 248.

2) Hier insbesondere das Preußische Wassergesetz als der maßgebliche Vorläufer des WHG (vgl. dazu Sievers, Nutzung, S. 78 f., ders., WHG, S. 266; BT-Drucks. 3536, S. 4).

3) Vgl. Schneider, S. 7.

4) Vgl. dazu Larenz, S. 250 f.

1. Teil

Erlaubnispflichtigkeit der Gewässerbenutzung

A. Sachlicher Geltungsbereich des WHG und des LWG

Nach § 2 Abs. 1 WHG ist eine Bewilligung oder Erlaubnis erforderlich, um ein Gewässer benutzen zu können. An welchen Gewässern die Benutzung in Zukunft erlaubnispflichtig sein soll, ist in § 1 WHG (§ 1 LWG) gesagt.

I. Oberirdische Gewässer

1. In Betten gefaßtes Wasser

In § 1 WHG wird im Hinblick auf die verschiedenartigen Benutzungs- und Schutzmöglichkeiten zwischen oberirdischen Gewässern und dem Grundwasser unterschieden. Oberirdische Gewässer sind die ständig oder zeitweilig in Betten fließenden oder stehenden Wasser (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 WHG). Das Bett ist eine natürliche oder künstlich geschaffene Eintiefung der Landoberfläche¹⁾. Es wird gebildet aus der Gewässersohle und den Erdrändern, die das Wasser umgeben²⁾. Die zum Gewässerbett gehörigen Erdränder reichen bis zur Uferlinie³⁾. Die Grenze zur Uferlinie bestimmt sich nach dem Mittelwasserstand, hilfsweise nach dem Anfang des Graswuchses (§ 5 Abs. 1 LWG).

Zu den oberirdischen Gewässern in diesem Sinne zählen vor allem die in der Anlage zum LWG Verzeichnis Nr. 1 und 2 und der 1. Landesverordnung zur Durchführung des LWG vom 9.8.1960 (GVBl S. 213)

1) DIN 4049, Nr. 4.28.

2) Grimme, WHG, § 1, Anm. 2.

3) Witzel, WHG, § 1, Anm. 1.

aufgeführten Wasserläufe. Dagegen ist kein oberirdisches Gewässer im Sinne des WHG das in Behältern gefaßte Wasser, da dieses nicht in einem Bett fließt oder steht¹⁾. Aus dem gleichen Grunde gehören auch Meeresarme und Meeresbuchten nicht zu den oberirdischen Gewässern²⁾. Das Gebiet des Festlandes, also der Geltungsbereich des WHG, wird vom Meer durch die Wasserstandlinie bei mittlerem Tidehochwasser abgegrenzt³⁾.

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 Nr. 1 WHG scheint mit oberirdischen Gewässern nur das in Betten fließende oder stehende Wasser als solches, nicht aber Bett und Wasser als eine Einheit gemeint zu sein⁴⁾. Die Folge wäre etwa, daß die in § 3 Abs. 1 Nr. 3 WHG als Benutzung verstandene Entnahme fester Stoffe aus Gewässern nur im Wasser schwimmende Stoffe umfassen würde. Schon dieses Ergebnis erscheint wenig sinnvoll. Überdies stünde ein solcher Gewässerbegriff im Gegensatz zum natürlichen Sprachgebrauch, der sich mit DIN 4049 deckt, und der unter oberirdischen Gewässern nicht nur Wasser in Betten, sondern Wasser und Bett versteht. Daß auch der Gesetzgeber an die natürliche Einheit von Wasser und Bett angeknüpft hat, wird deutlich in den §§ 29 und 31 WHG. Diese Bestimmungen, die von der Unterhaltung und dem Ausbau eines Gewässers sprechen, haben nur dann einen Sinn, wenn in dem Begriff Gewässer auch das Bett einbezogen ist, da allein

1) Lechner, S. 172; BT-Drucks. 2072, S. 21.

2) Witzel, WHG, § 1, Anm. 1.

3) Lüders, S. 191.

4) So früher 53: Koll., Ref. Gieseke, S. 2; ders., Ergänzung, S. 36; Abt, Duldungspflicht, S. 1300; Schmitt, S. 176.

das Wasser als solches weder unterhalten noch ausgebaut werden kann¹⁾.

2. Außerhalb eines Bettes abfließendes Wasser

Zu den oberirdischen Gewässern rechnen weiter die aus Quellen wild abfließenden Wasser (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt. WHG). Eine Quelle liegt vor, wenn Wasser an einer bestimmten Stelle des Erdbodens aus unterirdischen Wasseransammlungen heraus an die Oberfläche tritt²⁾. Das Quellwasser fließt wild ab, wenn es außerhalb eines Bettes abläuft³⁾. Rinnt das Quellwasser dagegen innerhalb eines Bettes ab, so gehört es zu den in Betten fließenden Wassern i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt., WHG.

Anderes, außerhalb eines Bettes wild abfließendes Wasser, wie etwa Niederschlags- und Überschwemmungswasser, fällt nicht unter die Aufzählung in § 1 Abs. 1 Nr. 1 WHG. Ergänzend rechnet jedoch der Landesgesetzgeber in § 1 LWG auch diese Wasser zu den oberirdischen Gewässern, um insbesondere deren Abfluß einer gesetzlichen Regelung zu unterwerfen⁴⁾.

II. Grundwasser

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 WHG wird auch das Grundwasser von der Regelung des WHG erfaßt. Grundwasser befindet sich unterhalb der Erdoberfläche in Grundwasserbecken oder in Grundwasserströmen⁵⁾. Es kommt nicht darauf an, welchen Ursprung es hat.

1) Im Ergebnis wie hier GW, § 1, Anm. 6; Burghartz, § 1, Anm. 2; Grimme, Geltungsbereich, S. 45; Sievers, Wasserrecht, S. 609; Rehder, NWG, § 1, Anm. 3; v. Tegelen, S. 415.

2) Kolb, WHG, § 1, Anm. III; Witzel, WHG, § 1, Anm. 4.

3) Grimme, WHG, § 1, Anm. 5.

4) LT-Drucks. 49, S. 237.

5) Grimme, Geltungsbereich, S. 45.

Daher gehört auch das aus oberirdischen Gewässern vor allem durch die Bettränder eingesickerte Wasser zum Grundwasser¹⁾. Tritt das Grundwasser durch künstliche Einwirkungen, wie etwa Erdaufschlüsse, vorübergehend zutage, so wird es dadurch noch nicht zum oberirdischen Gewässer. Es handelt sich dann um sog. Grundwasserblänken²⁾. Von einer Quelle kann dagegen erst gesprochen werden, wenn das Wasser aus eigener Kraft nicht nur vorübergehend an die Erdoberfläche gelangt. Solange das Quellwasser unterirdisch bleibt, handelt es sich um Grundwasser³⁾.

B. Begriff der Gewässerbenutzung

I. Willensrichtung des Benutzers

Erlaubnispflichtig ist jede Benutzung eines Gewässers, soweit Bundes- oder Landesrecht nicht etwas anderes bestimmen (§ 2 Abs. 1 WHG). Was unter Benutzung i.S.d. § 2 Abs. 1 WHG zu verstehen ist, ergibt sich aus § 3 WHG. Hier sind die Tatbestände umschrieben, die der Gesetzgeber mit dem Begriff Benutzung erfassen will.

Hält man sich die Tatbestände des § 3 Abs. 1 vor Augen, so folgt schon aus dem Wortsinn der hier verwandten Tätigkeitsbegriffe, daß eine rein kaufsale Verknüpfung zwischen einer menschlichen Handlung und dem Erfolg zu deren Annahme nicht ausreicht. Führt ein Bauer, um sein Feld zu düngen, mit einem Kastenwagen über eine hölzerne Brücke und fällt das Faß vom Wagen, so daß sein Inhalt in den Fluß ausläuft, so wird man kaum sagen können, der Bauer leite Stoffe in ein oberirdisches Gewässer ein und erfülle damit den Tatbestand des § 3

1) BT-Drucks. 2072, S. 21; GW, § 1, Anm. 9 (uferfiltriertes Wasser).

2) Witzel, WHG, § 1, Anm. 5.

3) Abt, Mineralquellen, S. 198; Rehder, NWG, § 1, Anm. 3 e.

Abs. 1 Nr. 4 WHG.

Aus diesem Grunde ist denn auch schon für ähnliche oder gleiche Tätigkeitsbegriffe der früheren Wassergesetze, z.B. für die Begriffe "Zutagesfördern" (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BayerWG; § 3 Abs. 1 Nr. 6 WHG), "Ableiten" (Art. 19 Abs. 1 Satz 1 BayerWG; § 3 Abs. 1 Nr. 1 WHG), "Zuführen" (Art. 37 Abs. 1 Satz 1 BayerWG) oder auch "Einbringen" (§ 19 Abs. 1 Satz 1 PrWG; § 3 Abs. 1 Nr. 4 WHG) allgemein der Standpunkt vertreten worden, daß zu der kausalen Verknüpfung noch die Willensrichtung des Handelnden hinzukommen müsse. Die Handlung mußte also willentlich darauf gerichtet sein, Stoffe einem Gewässer zuzuführen etc.¹⁾.

Unter diesem Eindruck hat auch der Bundesgesetzgeber gestanden, als er bei Abfassung des § 22 WHG davon ausging, daß unter dem Einbringen und Einleiten von Stoffen im Sinne des WHG nur das bewußte Einbringen und Einleiten zu verstehen sei²⁾. Er hat dementsprechend in § 22 Abs. 2 Satz 1 eigens einen Tatbestand für die bloße Verursachung des Hineingelangens von Stoffen geschaffen und diesen Tatbestand deutlich von dem Einbringen und Einleiten von Stoffen unterschieden (§ 22 Abs. 1 Satz 1 WHG).

Aus den vorgenannten Gründen wird man auch heute für die Annahme eines Benutzungstatbestandes i.S.d. § 3 Abs. 1 WHG verlangen müssen, daß der Wille des Handelnden auf die hier beschriebenen Gewässer-einwirkungen gerichtet ist³⁾.

1) vgl. Eymann-Schubert, Art. 19, Anm. 2, Art. 37, Anm. 9; HKS, § 19, Anm. 5

2) BT-Drucks. 3536, S. 14.

3) Rehder, § 107, Anm. 1; Kolb, WHG, § 3, Anm. II; Burghartz, § 3, Anm. 1; Rohde, S. 104; OLG Hamm, v. 24.7.1962, in ZfW 63, S. 316; wohl auch Wernicke, S. 275.

Wird also ein landwirtschaftlicher Boden gedüngt und geraten dabei Düngstoffe in das Grundwasser, so handelt es sich nicht um eine Grundwasserbenutzung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 5 WHG, da alle Handlungen auf die Bodendüngung und nicht auf eine Grundwassereinwirkung gelenkt sind^{1) 2)}.

Das Verlangen nach einer bewußten Benutzungshandlung scheint mit § 38 Abs. 2 WHG³⁾ in Widerspruch zu stehen. Daraus, daß die Bestimmung auch ein fahrlässiges Tun im Sinne des § 38 Abs. 1. Nr. 1 unter Strafe stellt, könnte man folgern, daß das Einleiten von Stoffen als solches nicht notwendig von einem darauf gerichteten Willen begleitet sein muß. Deshalb stellen GW⁴⁾ auf ein objektives Merkmal ab: es genüge, wenn die Handlung schon äußerlich nach ihrer objektiven Eignung auf das Hineingelangen von Stoffen gerichtet sei⁵⁾.

Die Bestimmung des § 38 Abs. 2 nötigt jedoch nicht zu diesem Schluß. Die hier ausgesprochene Strafandrohung betrifft beispielsweise den Fall, daß jemand zwar willentlich Stoffe in ein Gewässer einleitet, dabei aber aus Sorgfaltsmangel verkennt, daß sie nach Art oder Menge das Wasser verunreinigen oder sonst nachteilig verändern, wie es weiter

1) Burghartz, § 3, Anm. 1; Rehder, NWG, § 107, Anm. 1.

2) Doch kann -jedenfalls theoretisch- der Tatbestand des § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG erfüllt sein; vgl. dazu unten, S. 19 ff.

3) § 38 Abs. 1 Nr. 1: Wer vorsätzlich in ein Gewässer Stoffe unbefugt ... einbringt oder einleitet und dadurch eine schädliche Verunreinigung des Gewässers oder eine sonstige nachteilige Veränderung seiner Eigenschaften bewirkt, wird ... bestraft.
§ 38 Abs. 2: Wer die Tat fahrlässig begeht, wird ... bestraft.

4) § 3, Anm. 2 i.V.m. § 22, Anm. 3; Gieseke, Haftung, S. 8 f.

5) Was hier für das Einleiten gesagt ist, muß entsprechend für die übrigen Benutzungstatbestände des § 3 Abs. 1 WHG gelten.

in § 38 Abs. 1 Nr. 1 heißt. Die Fahrlässigkeit ist also nicht auf die Tätigkeiten des Einbringens und Einleitens, sondern auf die übrigen Tatbestandsmerkmale zu beziehen¹⁾.

II. Benutzungsarten

1. Benutzungsarten oberirdischer Gewässer

In Absatz 1 des § 3 WHG enthalten die Nr. 1 - 4 Benutzungsarten von oberirdischen Gewässern. Entnehmen von Wasser (§ 3 Abs. 1 Nr. 1) erfolgt durch Pump- oder Schöpfvorrichtungen. Im Unterschied zum Ableiten (§ 3 Abs. 1 Nr. 1) wird hier das Wasser durch Menschen- oder Maschinenkraft von seinem Bett getrennt, während es dort durch eigene Kraft, sei es über Gräben, Kanäle oder Rohre, sein Bett verläßt²⁾.

Die dem preußischen Wassergesetz eigentümliche mittelbare Ableitung (§ 40 Abs. 2 Nr. 1) kennt das WHG nicht mehr. Eine mittelbare Ableitung lag vor, wenn einem Wasserlauf durch die Entnahme von Grundwasser auf unterirdischem Wege Wasser entzogen wurde, das infolge durchlässiger Uferschichten in den Grundwasserstrom eingesickert war. Der Bundesgesetzgeber hat an die außerpreußischen Wasserrechte angeknüpft, denen der Begriff der mittelbaren Ableitung fremd war. In Anlehnung an die außerpreußische Rechtslage ist deshalb zu unterscheiden zwischen der Benutzung eines Gewässers und ihren eventuellen Folgeerscheinungen in anderen Gewässern. Wird also bei der Entnahme von Grundwasser sog. uferfiltriertes Flußwasser mitgefördert, so ist dieser Vorgang nach dem Wasserhaushaltsgesetz rechtlich allein unter dem Gesichtspunkt

1) Vgl. hierzu OLG Hamm vom 24.7.1962 in ZfW 1963, S. 317.

2) Vgl. Burghartz, § 3, Anm. 2.

des Zutageförderens von Grundwasser (§ 3 Abs. 1 Nr. 6) zu betrachten. Die mittelbare Ableitung des Flußwassers ist selbst keine Benutzung im Sinne des WHG, sondern nur die Wirkung einer Benutzung und bei Erteilung der Erlaubnis oder Bewilligung für die Grundwasserbenutzung zu berücksichtigen.

Das Aufstauen von Wasser (§ 3 Abs. 1 Nr. 2) erfolgt durch Stauanlagen. Die gewerberechtliche Genehmigung für Stauanlagen nach § 16 GewO ist entfallen (§ 43 Abs. 2 WHG).

Wird zum Zweck des Aufstauens die Stauanlage in das Gewässer gebracht, so könnte man daran denken, daß neben dem Tatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 2 auch der Tatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 4 (Einbringen von Stoffen in oberirdische Gewässer) erlaubt oder bewilligt werden müßte. Dagegen sprechen jedoch folgende Überlegungen: Wenn die in § 3 WHG umschriebenen Benutzungshandlungen auf ihre Zulässigkeit hin geprüft werden, so ist damit notwendigerweise eine Prüfung auch dahingehend verbunden, ob die Art und Weise, wie die Benutzungshandlung durchgeführt werden soll, mit den Bestimmungen des WHG vereinbar ist. Deshalb verlangen § 8 Abs. 2 Nr. 2 WHG für die Bewilligung und § 121 Abs. 1 i.V.m. § 119 Abs. 1 LWG für die Erlaubnis einen "bestimmten Plan", um anhand dessen die Technik der Benutzungsdurchführung überprüfen zu können. Wird deshalb der Aufstau eines Gewässers aufgrund einer Erlaubnis oder Bewilligung gestattet, so hat eine Prüfung auch dahingehend stattgefunden, ob die zum Aufstauen erforderliche Stauanlage den aufgrund des WHG zu schützenden Belangen nicht entgegensteht. Es besteht somit keine sachliche Notwendigkeit, das Einbringen einer Stauanlage zum Zwecke des Aufstauens noch einmal selbständig unter dem Gesichtspunkt des Einbringens von Stoffen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 4 zu würdigen.

Diese Annahme entspricht zudem der Rechtslage nach dem Preußischen Wassergesetz gemäß § 22 Abs. 1 PrWG. Eine gesonderte Genehmigung von Anlagen in Wasserläufen war dann nicht erforderlich, wenn die Anlagen aufgrund eines gesetzlich geordneten Verfahrens ausgeführt wurden. Ein solches Verfahren war das Verleihungsverfahren (§§ 46 ff.), in dem Benutzungsrechte verliehen wurden¹⁾. Da das WHG vielfach vom preußischen Wassergesetz ausgeht, kann dieser Grundsatz auch für die Auslegung des § 3 WHG herangezogen werden²⁾.

Das Entnehmen fester Stoffe aus oberirdischen Gewässern ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 nur dann als Benutzung anzusehen, wenn es auf den Zustand des Gewässers oder des Wasserabflusses einwirkt. Stoffe im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 sind Erde, Sand, Kies, Steine oder auch Eis.

§ 26 Abs. 1 Satz 2 WHG bestimmt, daß schlammige Stoffe nicht zu den festen Stoffen rechnen. Rehder³⁾ und Kolb⁴⁾ nehmen deshalb an, daß schlammige Stoffe auch im Rahmen des § 3 Abs. 1 Nr. 3 nicht zu den festen Stoffen zählen. § 26 Abs. 1 ist jedoch eine Spezialvorschrift mit einem über die allgemeine Regel hinausgehenden Benutzungsverbot, der keine allgemeine Bedeutung zugemessen werden kann. Die Bestimmung des § 26 Abs. 1 Satz 2 ist deshalb nur auf das Verbot des Einbringens nach § 26 Abs. 1 Satz 1 zu beziehen. Wollte man die schlammigen Stoffe nicht als feste Stoffe im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 ansehen, so wäre die Folge, daß die Entnahme von Schlamm nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 (Entnehmen von Wasser) immer erlaubnis- oder bewilligungspflichtig wäre und nicht nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 3 (Einwirkung auf den Zustand des Gewässers oder den Wasserabfluß). Das ist

1) Vgl. HKS, § 22, Anm. 7.

2) Vgl. SZ, § 3, Rn. 7.

3) NWG, § 3, Anm. 6.

4) WHG, § 3, Anm. II.

sachlich nicht gerechtfertigt und deshalb vom Gesetzgeber auch kaum gewollt¹⁾.

In § 3 Abs. 1 Nr. 4 ist zwischen Einbringen und Einleiten unterschieden. Entsprechend dem Sprachgebrauch bezieht sich der Begriff "Einbringen" auf feste und der Tatbestand "Einleiten" auf flüssige und gasförmige Stoffe²⁾.

Für das Einbringen fester Stoffe gibt § 26 Abs. 1 WHG eine Sondervorschrift. Danach dürfen feste Stoffe nicht zu dem Zweck eingebracht werden, sich ihrer zu entledigen. Eine erlaubnis- oder bewilligungsfähige Benutzung liegt daher nur dann vor, wenn das Einbringen fester Stoffe anderen Zwecken dient³⁾. § 26 Abs. 1 bezieht sich insbesondere auf Schmutz, Unrat und Tierleichen, betrifft aber nicht etwa das Einbringen von Stoffen für Zwecke der Fischerei, wie schon daraus erhellt, daß für diesen Tatbestand eigens eine Freistellung von der Zulassungspflicht vorgesehen ist (§ 29 LWG, § 25 WHG)⁴⁾.

Unter "Einbringen" im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 4 WHG fällt auch die Errichtung von Anlagen, die mit einer erlaubnis- oder bewilligungspflichtigen Benutzung nicht im Zusammenhang stehen, z.B. Rampen und Brückenpfeiler - zumal auch das Gewässerbett zum Begriff Gewässer gehört⁵⁾. So hat auch der Landesgesetzgeber von Rheinland-Pfalz nur

1) Vgl. dazu GW, § 3, Anm. 6.

2) Witzel, WHG, § 3, Anm. 5; BT-Drucks. 3536, S. 9.

3) Witzel a.a.O.; Kolb, WHG, § 26, Anm. I.

4) Vgl. dazu unten S. 33 ff.

5) Vgl. oben S. 9 f.; Witzel, WHG, § 3, Anm. 5; Schmitt, S. 165 f.

bauliche Anlagen an Gewässern einer besonderen Genehmigungspflicht unterstellt (§ 80 Abs. 1 LWG), da Anlagen in Gewässern ohnehin einer Erlaubnis oder Bewilligung bedürfen¹⁾.

Werden dagegen Rohrleitungen unter dem Gewässerbett hindurchgeführt, so ist der Tatbestand des Einbringens nicht erfüllt. § 3 Abs. 1 Nr. 4 WHG zielt auf den mit Wasser ausgefüllten Raum des Bettes als Objekt der Wasserwirtschaft ab. Der einzubringende Stoff muß deshalb in diesen Raum gelangen, was bei einem Eingriff in den Erdkörper unter dem Bett nicht der Fall ist²⁾. Jedoch können bei dem Bau von Mineralöl- und anderen Fernleitungen Merkmale eines sonstigen Benutzungstatbestandes erfüllt sein. So läßt sich vielfach bei der Verlegung solcher Leitungen in den Boden eine Absenkung des Grundwassers nicht vermeiden (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 WHG), wenn der Grundwasserstand gebietsweise sehr hoch ist^{3) 4)}.

Eine Benutzung oberirdischer Gewässer im Sinne des WHG liegt auch dann vor, wenn einer Bundeswasserstraße Wasser entnommen oder Stoffe zugeführt werden. Seitdem das Gesetz zur Reinhaltung der Bundeswasserstraßen auf eine Verfassungsklage der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hessen und Nordrhein-Westfalen hin durch Urteil des Bundesverfassungs-

1) Prot., 12. und 13. Sitzg., S. 16.

2) Bullinger, Mineralölfernleitungen, S. 33; Wernicke, S. 277; Burghartz, § 3, Anm. 5.

3) Bullinger, Mineralölfernleitungen, S. 32.

4) Auch kann der Tatbestand des § 3, Abs. 2, Nr. 2, WHG gegeben sein.

gerichts vom 30.10.1962¹⁾ für verfassungswidrig erklärt wurde, ist die hierin getroffene Spezialregelung des § 4 hinfällig geworden²⁾.

Gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG gilt es als Benutzung, wenn Maßnahmen getroffen werden, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblich

1) Vgl. DÖV 62, S. 863 ff.;

Bundesregierung und Bundestag (vgl. BT-Drucks. 2988, S. 17), gestützt vor allem auf Gutachten von Klein-Koerbel und Giese, hatten die Auffassung vertreten, daß sich die Bundeskompetenz zum Erlass des WStrRG aus Art. 74 Nr. 21 GG ergebe. Wenn Art. 74 von den "dem allgemeinen Verkehr dienenden Binnenwasserstraßen" spreche, so seien damit lediglich die Objekte der Gesetzgebungsbefugnisse bezeichnet. Diese Ausdrucksweise könne dagegen nicht als Beleg für eine inhaltlich auf Verkehrsangelegenheiten beschränkte Gesetzgebungskompetenz gewertet werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat eine Kompetenz des Bundes abgelehnt. Durch das WStrRG werde im wesentlichen die Bewirtschaftung des Wassers in mengen- und gütemäßiger Hinsicht geregelt. Dafür aber habe der Bund nur eine Rahmenkompetenz nach Art. 75 Nr. 4 GG; Art. 74 Nr. 21 GG ermögliche demgegenüber nur solche Regelungen, die sich auf das Verkehrswesen bezögen. Das ergebe sich schon aus dem Zusammenhang der Nr. 21-23 des Art. 74 GG. Wie in der Nr. 23 der Eisenbahnverkehr und in der Nr. 22 der Straßenverkehr, so sei entsprechend in der Nr. 21 nur der Wasserstraßenverkehr gemeint.

Die gleiche Auffassung hatte der Bundesrat (BT-Drucks. 1594) vertreten unter Berufung auf Gutachten von Forsthoff (Fragen der Zuständigkeit) und Gieseke-Scheuner.

- 2) § 4 WstrRG bestimmte, daß einer Bundeswasserstraße Stoffe nur entnommen oder zugeführt werden durften, soweit dies in Ausübung ... einer Erlaubnis oder Bewilligung (§§ 6 und 7) ... zulässig war. Die über § 4 Abs. 1 WstrRG hinausgehenden Einwirkungen auf Bundeswasserstraßen (vgl. etwa § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 WHG) galten wieder als Benutzungen i.S.d. WHG, da nach § 45 Abs. 1 Satz 1 WStrRG die Bestimmungen des WHG, das auch die Bundeswasserstraßen erfaßt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 WHG), grundsätzlich unberührt blieben (82. Koll., Ref. Gieseke, S. 1)

chen Ausmaß schädliche Veränderungen der physikalischen, chemischen oder biologischen Beschaffenheit des Wassers herbeizuführen. Maßnahmen dieser Art sind keine eigentlichen Gewässerbenutzungen, sondern werden mit Hilfe einer Fiktion dazu gemacht. Wie es in der Überschrift zu § 3 Abs. 2 WHG heißt, "gelten" diese Maßnahmen als Benutzungen, da unter Benutzungen im eigentlichen Sinne nur auf ein Gewässer zweckgerichtete Handlungen zu verstehen sind¹⁾.

Der hier gewählte Begriff der Eignung verlangt seinem Wortsinn nach, daß der Eintritt der in § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG genannten Folgen möglich ist. Möglich ist, was ebenso sein wie nicht sein kann. Ein höherer Grad an Sicherheit für den Eintritt nachteiliger künftiger Folgen würde auch in keinem rechten Verhältnis zu den vom Gesetz an anderer Stelle verwandten Begriffen "gefährden" (§ 39 Abs. 1 WHG) und "besorgen" (§ 34 Abs. 1 WHG) stehen - beides Ausdrücke, die dem natürlichen Sprachgebrauch nach in dem Sinn eines höheren Maßes von Möglichkeit zu verstehen sind. Die Ausrichtung auf die "bloße Möglichkeit" entspricht zudem am ehesten dem in der amtlichen Begründung²⁾ zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers, in § 3 Abs. 2 Nr. 2 schon solche Maßnahmen für zulassungspflichtig zu erklären, die das Wasser gütemäßig beeinflussen können.

Unter § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG fallen insbesondere alle Ablagerungen in der Nähe von Gewässern, von denen aus Stoffe in ein Gewässer einlaufen können, z.B. die Auslaugungen aus Bergwerkshalden, aus Schutt- oder Kohlenschlammablagerungen. Dazu rech-

1) Vgl. oben, S. 11 ff.

2) BT-Drucks. 2072, S. 22.

nen aber auch die Transporte wassergefährdender Stoffe, etwa von Flüssigkeiten durch Rohrleitungen in der Nähe von Gewässern, wenn die Rohrleitungen keine Gewähr für Dichtigkeit bieten. Bei dieser Sachlage ist die Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung nicht etwa wegen § 26 Abs. 2 WHG absolut ausgeschlossen. Diese Bestimmung verbietet nur eine das Wasser gefährdende Beförderung. Eine solche Gefährdung aber kann bei Erteilung einer Bewilligung oder Erlaubnis durch Auflagen und Nutzungsbedingungen verhütet werden (§ 4 WHG)¹⁾ 2)..

2. Benutzungsarten des Grundwassers

Benutzungsarten des Grundwassers sind in § 3 Abs. 1 Nr. 5 und 6 WHG aufgezählt. Das Gesetz erwähnt in der Nr. 5 im Gegensatz zu Nr. 4 nur die Einleitung von Stoffen in das Grundwasser, weil das Einbringen fester Stoffe in den wasserhaltigen Boden mangels Zweckrichtung im allgemeinen nicht als eigentliche Benutzung des Grundwassers angesehen werden kann und solche Maßnahmen den Wasserhaushalt auch nur selten beeinträchtigen³⁾. Anders dagegen, wenn Anlagen in das Grundwasser eingebracht werden, um dieses aufzustauen, abzusenken oder umzuleiten (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 WHG). Dabei handelt es sich nicht nur um eine auf die Grundwassereinwirkung zweckgerichtete Tätigkeit, sondern solche Maßnahmen können auch wasserwirtschaftlich von Bedeutung sein. Diese Handlungen sind hier als Benutzung fingiert⁴⁾. Einer Fiktion hätte es jedoch nicht bedurft, da die Merkmale einer eigentlichen Be-

1) GW, § 26, Anm. 4; Abt, WHG, S. 146.

2) Soweit der Tatbestand des § 3 Abs. 2 Nr. 2 nicht erfüllt ist, also keine dauernde und erhebliche Schädigung der Wasserbeschaffenheit möglich ist, greift die Präventivkontrolle des § 24 LWG ein.

3) Kolb, WHG, § 3, Anm. II; BT-Drucks. 3536, S. 9.

4) Vgl. die Überschrift zu § 3 Abs. 2 WHG,

nutzungshandlung ohnehin erfüllt sind¹⁾. Ist eine Anlage nur geeignet, das Grundwasser aufzustauen etc., so ist auch in diesem Fall eine Erlaubnis oder Bewilligung erforderlich (§ 3 Abs. 2 Nr. 1, 2. Alt., WHG) - hier wieder eine echte Fiktion wie im Falle des § 3 Abs. 2 Nr. 2.^{2) 3)}

C. Tatbestände einer erlaubnisfreien Gewässerbenutzung

Wird ein Gewässer benutzt, so bedarf es nur dann einer Bewilligung oder Erlaubnis, wenn nicht die vom WHG und LWG aufgestellten Tatbestände einer erlaubnisfreien Gewässerbenutzung erfüllt sind. (§ 2 Abs. 1 WHG). Zu den zulassungsfreien Gewässerbenutzungen zählen der Eigentümer- und Anliegergebrauch an oberirdischen Gewässern (§ 24 WHG, § 28 LWG), der Eigentümergebrauch am Grundwasser (§ 33 WHG, § 41 LWG), der Gemeingebrauch (§ 23 WHG, §§ 26, 30 LWG), die Benutzung zu Zwecken der Fischerei (§ 25 WHG, § 29 LWG) wie aufgrund alter Rechte und Befugnisse (§§ 15-17 WHG, §§ 136-138 LWG).

I. Eigentümer- und Anliegergebrauch an oberirdischen Gewässern

Der Eigentümer eines oberirdischen Gewässers und

1) Rehder, NWG, § 3, Anm. 11; vgl. auch oben, S. 10 ff.

2) Vgl. oben S. 20.

3) Wie bei oberirdischen Gewässern gelten auch solche Maßnahmen als Grundwasserbenutzung, die geeignet sind, dauernd oder in einem nicht nur unerheblichen Ausmaß schädliche Veränderungen der physikalischen, chemischen oder biologischen Beschaffenheit des (Grund-)Wassers herbeizuführen (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG). Auf das Grundwasser kann in gleicher Weise wie auf oberirdische Gewässer durch die Ablagerung etwa von Müll oder durch die Beförderung von Flüssigkeiten und Gasen in Rohren eingewirkt werden i.S.d. § 3 Abs. 2 Nr. 2 WHG (vgl. oben). Durch § 34 Abs. 2 WHG. der Parallelbestimmung zu § 26 Abs. 2 WHG, werden solche Maßnahmen hier ebensowenig wie dort von einer Bewilligung oder Erlaubnis ausgeschlossen.

der durch ihn Berechtigte dürfen das Gewässer ohne Bewilligung oder Erlaubnis im Rahmen des § 24 Abs. 1 Satz 1 WHG benutzen. Das WHG regelt in § 24 Abs. 1 Satz 1 nur den Eigentümergebrauch, nicht aber das Eigentum an oberirdischen Gewässern. Die im bisherigen Landesrecht bestehenden unterschiedlichen Auffassungen über das Eigentum am Wasser¹⁾ wollte der Bundesgesetzgeber unberührt lassen. Die Ordnung dieser Rechtsfragen sollte auch weiterhin der Landesgesetzgebung überlassen bleiben^{2) 3)}.

§ 24 Abs. 1 Satz 1 WHG ist deshalb dahin zu verstehen, daß er für jeden Fall eines gleichwie gearteten Eigentums an oberirdischen Gewässern Voraussetzung und Umfang der erlaubnisfreien Gewässerbenutzungen durch den Eigentümer festlegt. Es spielt also für die Anwendung des § 24 Abs. 1 Satz 1 WHG keine Rolle, ob es sich heute um ein Eigentum am Wasserlauf handelt oder ob das Eigentum lediglich am Flußbett anerkannt ist⁴⁾, oder ob man ein

-
- 1) Vgl. §§ 7 ff. Pr.WG: Eigentum am Wasserlauf; Art. 48 Hess. Dammbaugesetz, Art. 2 Hess. Bachgesetz: Eigentum am Flußbett und Bett eines Baches; Art. 7 Abs. 1 Satz 1 WürttWG: Das Bett der öffentlichen Gewässer ist als eine dem öffentlichen Gebrauch dienende Sache dem Privateigentum entzogen (öffentliches Eigentum), vgl. dazu auch BGHZ 9, 373, 382).
 - 2) BT-Drucks. 2071, S. 20.
 - 3) Die Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Regelung der Eigentumsfrage an oberirdischen Gewässern beruht auf Art. 72 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 74 Nr. 1 GG, wonach das bürgerliche Recht zur konkurrierenden Gesetzgebung zählt. Die Ermächtigung für den Landesgesetzgeber ist dagegen nicht in Art. 65 EGBGB enthalten. Art. 65 EGBGB brachte lediglich zum Ausdruck, daß bestehendes Wasserrecht durch das BGB unberührt blieb (vgl. dazu Friesecke, Entwicklung, S. 2297).
 - 4) Im HWG (§§ 4 ff.) und WGBW (§§ 4 ff.) ist ein Eigentum lediglich am Wasserbett statuiert, weil die fließende Welle mangels Sachqualität nicht für eigentumsfähig gehalten wird. Zwar erstreckte sich das Flußbetteigentum wie jedes Grundeigentum auf den Raum über dem Bett (§ 905 Satz 1 BGB).

privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches

Aber nicht alles, was in diesem Raum sei, werde von dem Grundeigentum als dessen Gegenstand erfaßt. So wie der Grundeigentümer kein Eigentum an der Luft und den Regentropfen habe, die sich über seinem Grundstück befinden, so auch nicht an dem darüber hinfließenden Wasser (vgl. hierzu auch Wolff-Raiser, § 100, IV 1, S. 405 f.; Staudinger, § 905, Rn. 3).

Ist lediglich ein Eigentum am Gewässerbett statuiert, so kann der Flußbetteigentümer kraft seines Eigentums am Grund und Boden und der ihm damit verliehenen Beherrschungsmacht des Raumes über der Bettoberfläche (vgl. § 905 BGB) den Zugang zu dem Wasser jedem anderen verwehren (vgl. BGHZ 28, 38). Ist er hiermit in der Lage, als erster das Wasser an sich zu bringen und zu nutzen, so äußert sich sein Eigentum am Gewässerbett hinsichtlich des fließenden Wassers in einem bevorzugten Aneignungs- und Benutzungsrecht (vgl. dazu Wolff-Raiser, § 100, IV 2, S. 406; Eymann-Schubert, Band 2, S. 501). Diese aus dem Eigentum am Gewässerbett sich herleitenden Rechte werden durch § 24 Abs. 1 Satz 1 WHG beschränkt.

Alle übrigen Landeswassergesetze (vgl. etwa § 3 LWG) sprechen demgegenüber von dem Gewässer-eigentümer schlechthin. Ausgehend von dem Begriff des Gewässers, wie ihn das WHG versteht (vgl. oben S. 9 f.) und in Anlehnung an die entsprechenden Vorschriften des PrWG (§§ 7 ff.) und des bayerischen Rechts (Art. 1-25 BayerWG) geben sie damit zu erkennen, daß Bett und Wasser als rechtliche und natürliche Einheit Gegenstand des Eigentums sind (Sievers, Nutzung, S. 86; Hartmann-Kraft, Vorbem. zu § 3, Anm. 2; LT-Drucks. 49, S. 238; für das PrWG vgl. HKS, § 7, Vorbem. A). Nach dieser Auffassung hat also auch die fließende Welle Sachqualität und ist als solche Gegenstand des Eigentums. Die Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser juristischen Konstruktion vermögen nicht zu überzeugen. Der Sachbegriff erfordert ein körperliches, im Raum abgegrenztes Stück der Umwelt des Menschen (Staudinger, Vorbem. zu § 90, Rn. 3 e). Diese Begriffsmerkmale sind auch bei dem Wasser eines Wasserlaufes gegeben. Der Platz der abfließenden Wasserteilchen wird sogleich wieder von anderen ausgefüllt. Die Wassersäule ist damit der äußeren Gestalt nach immer vorhanden, wenn auch - wegen der unterschiedlichen Wasserführung - nicht jederzeit in gleichem Umfang. Allein auf das Vorhandensein einer äußeren Gestalt kommt es aber an, da das Begrenzte als Merkmal des

Eigentum anerkennen will¹⁾.

Nach Maßgabe des § 24 Abs. 1 WHG ist auch der Anliegergebrauch zulassungsfrei (vgl. § 24 Abs. 2 und Abs. 3 WHG; § 28 Abs. 2 LWG). Die Benutzungsbefugnisse des Anliegers wurzeln nicht im Eigentum oder einem anderen privaten Recht. Aus dem Eigentum am Gewässer folgen sie nicht, weil der Anlieger nicht notwendig zugleich auch Gewässereigentümer ist. In dem Eigentum an Landgrundstücken sind die in § 24 Abs. 1 Satz 1 WHG aufgeführten Befugnisse gleichfalls nicht enthalten, da der Eigentümer einer Sache lediglich über diese und nicht auch über die angren-

Sachbegriffes nicht in der Substanz, sondern allein hierin zu sehen ist (Staudinger, a.a.O.; Reinhardt, S. 32; HKS Vorbem. A a zu § 7). Überdies findet eine ständige Veränderung der Wassersubstanz beispielsweise auch bei dem in Zisternen aufbewahrten Wasser infolge von Verdunstung und Niederschlägen statt, ohne daß dessen Eigentumsfähigkeit jemals bezweifelt worden ist (vgl. dazu Reinhardt, S. 32). Man denke auch in diesem Zusammenhang an die Substanzveränderungen im Rahmen des Stoffwechsels bei Pflanzen und Tieren, die stets als Eigentumsobjekte gegolten haben (vgl. hierzu auch Schenkel, S. 36 f.).

Sind Bett und Wasser Gegenstand des Eigentums, so gehören die Aneignungs- und Nutzungsmöglichkeiten des Wassers zum Inhalt des Wasserlauf-eigentums - sie sind m.a.W. eine Bestätigung der aus § 903 BGB folgenden privatrechtlichen Verfügungsmacht. Hier stellt sich § 24 Abs. 1 Satz 1 WHG also als eine Beschränkung des Eigentums-inhalts dar.

- 1) Vgl. dazu § 4, Abs. 1, Satz 1, WGBW: Das Bett eines Gewässers erster Ordnung steht im öffentlichen Eigentum des Landes - vgl. zu dieser Regelung auch unten S. 75 f.

Will man ein öffentlich-rechtliches Eigentum annehmen, so ist der im § 24 Abs. 1 Satz 1 WHG umschriebene Eigentümergebrauch nichts anderes als eine durch Gesetz eingeräumte öffentlich-rechtliche Sondernutzung.

zende Sache eine Herrschaftsmacht besitzt (§§ 903, 905 BGB). Dem Anlieger sind deshalb gesetzliche Befugnisse kraft öffentlichen Rechts gewährt - der Anliegergebrauch ist also öffentlich-rechtlicher Natur.

Die Schranken des § 24 Abs. 1 Satz 1 gelten nur für Benutzungen im Sinne des WHG¹⁾. Der Gewässer-eigentümer kann deshalb uneingeschränkt feste Stoffe, etwa Sand oder Kies, aus oberirdischen Gewässern entnehmen, soweit dadurch weder der Zustand des Gewässers noch der Wasserabfluß beeinträchtigt werden²⁾. Auf der anderen Seite ist aber auch nicht jede der in § 3 WHG aufgeführten Benutzungsarten dem Eigentümergebrauch zugänglich. Das rheinland-pfälzische Landeswassergesetz hat von der Ermächtigung des § 24 Abs. 1 Satz 2 Gebrauch gemacht und das Einleiten oder Einbringen von Stoffen (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 WHG), ausgenommen das Wiedereinleiten von Wasser in unverändertem Zustand, auf Grund des Eigentümergebrauchs untersagt (§ 28 Abs. 1 LWG)³⁾.

§ 24 Abs. 1 Satz 1 WHG beschränkt den Eigentümergebrauch auf den eigenen Bedarf. Der Eigenbedarf ist nicht näher umschrieben. Es besteht deshalb kein Anlaß, die Deckung des Eigenbedarfs durch den Gewässereigentümer etwa auf ein wasserwirtschaftlich vertretbares Maß oder auf bestimmte Bedarfsrichtungen einzuengen. Dem Eigenbedarf des Gewässereigentümers dient vielmehr alles, was seinen gleichwie gelagerten Bedürfnissen abhilft. Es kann sich also auch ein Wassergroßverbraucher, sei es nun ein Industrie- oder Landwirtschaftsbetrieb, auf den Eigentümergebrauch berufen,

1) Vgl. dazu oben S. 7 ff.

2) Vgl. hierzu § 3, Abs. 1, Nr. 3 WHG

3) Völliger Ausschluß des Eigentümergebrauchs in § 27, Abs. 1, SWG, "soweit er bisher nicht zugelassen war"; Ausschluß des Einbringens und Einlebens von Stoffen in § 28 HWG, § 26, Abs. 1, BWG; Ausschluß des Einlebens von Abwässern in § 13, Abs. 2 HambGWG "wenn die Einleitung nach bisherigem Recht unzulässig ist".

solange er Eigenbedarf befriedigt und nicht fremden Bedarf deckt, wie es beispielsweise der Unternehmer einer öffentlichen Wasserversorgung tut¹⁾.

Die Deckung des Eigenbedarfs aufgrund des § 24 WHG ist jedoch immer nur dann zulässig, wenn dadurch andere nicht beeinträchtigt und die hydrologischen Verhältnisse des Wassers nicht verändert werden (§ 24 Abs. 1 Satz 1 WHG). Die Grenze ist nicht erst die Beeinträchtigung des Rechts eines anderen, sondern schon die faktische Beeinträchtigung eines anderen schlechthin, sodaß der Gewässereigentümer auch den Wasserzufluß zum Nachteil anderer nicht verändern darf (vgl. hierzu § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG).

Wenn es weiter heißt, daß durch den Eigentümergebrauch keine nachteilige Veränderung der Eigenschaften des Wassers verursacht werden darf, so ist damit die Wassergüte angesprochen. Die Eigenschaft des Wassers ist gleichzusetzen mit der Beschaffenheit des Wassers. Letztere ist in § 22 Abs. 1 Satz 1 WHG des näheren aufgeschlüsselt in eine physikalische, chemische und biologische Beschaffenheit. Dementsprechend ist die Eigenschaft des Wassers nachteilig verändert im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 WHG, wenn durch die Benutzung des Eigentümers die Beschaffenheit des Wassers in diesem Sinne gegenüber dem vorherigen Zustand oder dem normalen Zustand verschlechtert wird²⁾.

Die Wasserführung wird vermindert, wenn sich die Wassermenge reduziert oder wenn sich bei gleichbleibender Wassermenge der Wasserspiegel senkt, sei es durch Veränderung der Höhenlage des Gewässerbettes oder durch Veränderung des Bettquerschnittes³⁾.

1) Vgl. hierzu Köttgen, S. 17; Burghartz § 24, Anm. 2

2) Vgl. SZ, § 24, Rn. 10.

3) Vgl. dazu GW, § 24, Anm. 5.

Die in § 24 Abs. 1 Satz 1 gleichfalls vorgeschriebene Rücksichtnahme auf den Wasserhaushalt bedeutet in diesem Zusammenhang, daß das örtliche Verhältnis von Wasserangebot und Wasserbedarf weder in qualitativer noch in quantitativer Hinsicht verändert werden darf¹⁾.

II. Eigentümergebrauch am Grundwasser

Der zulassungsfreie Eigentümergebrauch am Grundwasser ist in § 33 Abs. 1 WHG geregelt²⁾. § 33 Abs. 1 WHG ist die Parallelbestimmung zu § 24 WHG. Denn nur der Eigentümer des grundwasserhaltigen Grundstückes und der durch ihn Berechtigte haben die Zugänglichkeit zum Grundwasser und damit die Möglichkeit, die in § 33 aufgeführten Benutzungen auszuüben.

In § 33 Abs. 1 Nr. 1 WHG spricht das Gesetz von dem Haushalt und dem Hofbetrieb. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß es sich um einen bestimmten Haushalt und Hofbetrieb handeln muß. Das aber kann nur der eigene Haushalt und Hofbetrieb sein, den der Benutzer führt und betreibt. Eine Abgabe von Grundwasser an mehrere Haushaltungen ist deshalb durch § 33 Abs. 1 Nr. 1 WHG nicht gedeckt³⁾.

Die in § 33 Abs. 1 Nr. 1 umschriebenen Benutzungen dürfen nur zu einem vorübergehenden Zweck ausgeübt werden. Ein vorübergehender Zweck ist dann gegeben, wenn die Grundwasserbenutzung nicht für die Dauer bestimmt ist. Da es allein auf die Bestimmung der Benutzung und nicht auf die vorübergehende tatsäch-

1) Vgl. GW, § 24, Anm. 5.

2) Gemäß § 33 Abs. 2 haben die Länder die Möglichkeit, die Erlaubnis- oder Bewilligungsfreiheit für bestimmte Gebiete wieder aufzugeben. Von dieser Ermächtigung hat der Landesgesetzgeber in § 41 LWG Gebrauch gemacht. Danach kann bei Wasserverknappung durch Rechtsverordnung die Zulassungspflicht wieder eingeführt werden.

3) Vgl. Burghartz, § 33, Anm. 3.

liche Wasserentnahme ankommt, stellt eine auch nur für den Einsatz in jeder Trockenzeit geplante Beregnungsanlage nicht bloß eine Gewässerbenutzung zu einem vorübergehenden Zweck dar¹⁾.

In § 33 Abs. 1 Nr. 2 ist die gewöhnliche Bodenentwässerung freigestellt. Mit der gewöhnlichen Bodenentwässerung ist in Anlehnung an die bisherige Auffassung zum PrWG²⁾ die ober- oder unterirdische Abführung des in einem Grundsrück enthaltenen schädlichen Überschusses an Wasser gemeint, dessen Entfernung nötig ist, um das Grundstück für den landwirtschaftlichen, fortwirtschaftlichen oder gärtnerischen Gebrauch verwendbar zu machen und zwar in einem Umfang und in einer Weise, wie es bei Grundstücken der in Frage stehenden Art gewöhnlich ist.

Im Unterschied zu dem Eigentümergebrauch an oberirdischen Gewässern findet der zulassungsfreie Grundwassergebrauch nicht schon an der faktischen Beeinträchtigung anderer seine Grenze. Der Grundwassereigentümer handelt deshalb erst dann rechtswidrig, wenn er die in § 33 Abs. 1 WHG gezogenen Schranken nach Art, Maß und Zweck überschreitet.

III. Gemeingebrauch

Der Gemeingebrauch an oberirdischen Gewässern ist im § 23 WHG angesprochen. Diese Bestimmung begründet jedoch keinen Gemeingebrauch, sondern erkennt lediglich den auf Landesrecht gestützten Gemeingebrauch an und legt dessen Grenzen fest. Allerdings erfaßt § 23 WHG den Gemeingebrauch nur insoweit, als es sich um Benutzungen im Sinne des § 3 WHG handelt.

1) Vgl. Kolb, WHG, § 33, Anm. VI; Sauer-Lais-Quirll, § 33, Anm. 4c; SZ, § 33, Rn. 11.

2) Vgl. HKS, § 41, Anm. 9 II, 4.

Die Landeswassergesetze haben demgegenüber nicht nur § 23 WHG ausgefüllt, sondern auch den außerhalb von den Benutzungen des § 3 WHG vorkommenden Gemeingebrauch geregelt, teils im Zusammenhang mit der ausfüllenden Regelung zu § 23 WHG (vgl. § 26 LWG - sog. kleiner Gemeingebrauch), teils als besondere Art des Gemeingebrauchs die Schiff- und Floßfahrt (§ 30 LWG).

Die Verpflichtung des Gewässereigentümers, die Ausübung des Gemeingebrauchs zu dulden, folgt aus dem Wesen des Gemeingebrauchs, wie ihn die § 23 WHG, §§ 26, 30 LWG vorsehen. Der Landesgesetzgeber von Rheinland-Pfalz hat deshalb nicht eigens eine Duldungspflicht des Gewässereigentümers ausgesprochen, wie es etwa in § 12 WGNRW geschehen ist¹⁾.

Ob der Gemeingebrauch den Charakter eines subjektiven öffentlichen Rechts hat, ist seit jeher umstritten²⁾. Mit der heute wohl herrschenden Lehre ist davon auszugehen, daß die den Gemeingebrauch begründenden Rechtssätze nicht nur im allgemeinen Interesse, sondern auch im Interesse des Einzelnen geschaffen worden sind, ja sogar einen generellen staatlichen Verleihungsakt darstellen und deshalb dem Benutzer ein subjektives öffentliches Recht i.w.S. geben³⁾.

Der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit gilt für

1) Vgl. LT-Drucks. 49, S. 242

2) Vgl. hierzu die eingehenden Darstellungen bei Nau, S. 62 ff. und Mayer, Gemeingebrauch, S. 206 ff.

3) Vgl. hierzu Huber, Gemeingebrauch, S. 129 f.; Bachof, Reflexwirkungen, S. 298 f.; Forsthoff, S. 340 f.; Staudinger, § 905, Rn. 10.

die Beziehungen der am Gemeingebrauch Beteiligten zu einander als objektiver Rechtssatz des Rechts der öffentlichen Sachen auch ohne ausdrückliche gesetzliche Festlegung¹⁾. Der Gesetzgeber hat ihn deshalb bei der Regelung des Gemeingebrauchs auch nicht eigens ausgesprochen. Die Gemeinverträglichkeit ist gewahrt, wenn durch die Ausübung des Gemeingebrauchs andere nicht gehindert werden, ihrerseits den Gemeingebrauch auszuüben. Die Berechtigung eines jeden im Rahmen des Gemeingebrauchs findet in der gleichen Berechtigung aller übrigen Teilnehmer am Gemeingebrauch ihre Schranke. Wo die Bedürfnisse mehrerer am Gemeingebrauch Beteiligter nebeneinander nicht vollständig befriedigt werden können, entspricht es der Gleichstellung aller Benutzer, die Ausübung des Gemeingebrauchs unter den Interessenten verhältnismäßig zu teilen. Wer gegen den Grundsatz der Gemeinverträglichkeit verstößt, nimmt nicht etwa eine zulassungspflichtige Sondernutzung in Anspruch, sondern betreibt einen unzulässigen individuellen Gemeingebrauch. Zu einer durch Bewilligung oder Erlaubnis zu genehmigenden Gewässerbenutzung wird der Gemeingebrauch erst dann, wenn die Grenzen des § 23 WHG überschritten werden²⁾.

Der Gemeingebrauch darf nur ausgeübt werden, soweit nicht Rechte anderer entgegenstehen und soweit Befugnisse oder der Eigentümer- oder Anliegergebrauch anderer dadurch nicht beeinträchtigt werden (§ 23 WHG). Mit der verschiedenartigen Formulierung wird eine Rangordnung gekennzeichnet: Ein entgegenstehendes Recht wie die Bewilligung (§ 8 Abs. 1 Satz. 1 WHG) schließt

1) Vgl. dazu Petersen, S. 74 ff.; Scheuner S. 84.

2) Vgl. dazu Salzwedel, Gemeingebrauch, S. 76.

den Gemeingebrauch schlechthin aus, auch wenn die Rechtsausübung noch nicht beeinträchtigt wird. Gegenüber sonstigen Befugnissen, womit das WHG sowohl Erlaubnisse (§ 7 WHG) wie alte Befugnisse (vgl. § 15 WHG) meint¹⁾, findet dagegen der Gemeingebrauch seine Schranke erst in einer Beeinträchtigung dieser Benutzungen. Die aufgrund einer Erlaubnis gewährte Befugnis zur Wasserbenutzung muß also ausgeübt und dabei durch den Gemeingebrauch behindert werden²⁾. Mit dem Eigentümer- und Anliegergebrauch ist der Gemeingebrauch demgegenüber auf eine Stufe gestellt: Der Eigentümer- und Anliegergebrauch seinerseits ist nur insofern gestattet, wenn dadurch andere - d.h. auch der Gemeingebrauch - nicht beeinträchtigt werden (§ 24 Abs. 1 Satz 1 WHG). Die Benutzungen werden also vom Gesetz als gleichberechtigt behandelt. Sie haben gegenseitig aufeinander Rücksicht zu nehmen. Können die Bedürfnisse der Gemeingebräucher einerseits und der Eigentümer und Anlieger andererseits nebeneinander nicht vollständig befriedigt werden, so entspricht es der Gleichstellung beider Benutzungsarten, daß die gegebenen Benutzungsmöglichkeiten verhältnismäßig zu teilen sind. Damit findet der für den Gemeingebrauch entwickelte Grundsatz der Gemeinverträglichkeit in gleicher Weise auch im Verhältnis des Gemeingegebrauchs zum Eigentümergebrauch Anwendung³⁾.

Als besondere Art des Gemeingegebrauchs nennt das Gesetz die an schiffbaren Gewässern jedermann zustehende Schiff- und Floßarbeit (§ 30 LWG). Im Gegensatz zu den übrigen Gemeingegebrauchsarten setzt

1) Vgl. GW, § 23, Anm. 6; SZ, § 23, Rn. 12.

2) Vgl. hierzu Friesecke, Gemeinverträglichkeit, S. 713.

3) Vgl. Friesecke, Gemeinverträglichkeit, S. 714.

das Gesetz hier nicht die Rechte und Befugnisse anderer als Schranken der Betätigung. Die Grenzen liegen jedoch auch hier einmal in der gleichen Befugnis anderer (Grundsatz der Gemeinverträglichkeit) und zum anderen im Begriff der Schiff- und Floßfahrt selbst. Schiffahrt ist die Beförderung von Personen oder Gütern mittels Schiffen auf größere Entfernungen¹⁾. Schwimmkörper, die im Gewässer festliegen, wie Badeanstalten, Landebrücken und Docks, fallen deshalb nicht unter den Begriff der Schiffahrt. Unter Floßfahrt ist die Flößerei mit verbundenen Hölzern zu verstehen und nicht die sog. Waldflößerei oder Trift, bei der die losen Stämme dem Gewässer zum Transport übergeben werden²⁾.

IV. Benutzung zu Zwecken der Fischerei

Aufgrund der Ermächtigung des § 25 WHG hat der Landesgesetzgeber im § 29 LWG bestimmt, daß das Einbringen von Stoffen in oberirdische Gewässer (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 4 WHG) zu Zwecken der Fischerei keiner Bewilligung oder Erlaubnis bedarf, wenn dadurch nicht das Gewässer in seinen Eigenschaften oder der Wasserabfluß nachteilig beeinflusst wird. Was unter Fischerei zu verstehen ist, ergibt sich aus den Landesfischereigesetzen. Nach § 4 FG z.B. fällt darunter das Hegen und Anzuehen von Fischen, Krebsen, Austern, Muscheln, Seemoos, Morallenmoos und Schildkröten. Das Hegerecht umfaßt u.a. das Einsetzen von Fischbrut, die Fütterung von Fischen und die Düngung des Gewässers³⁾. Die Fischbrut zählt jedoch nicht zu dem nur die Materie umfassenden Begriff "Stoffe" im Sinne des

1) Vgl. hierzu Eymann-Schubert, Art. 1, Anm. 6.

2) Vgl. Burghartz, § 35 WGNRW, Anm. 1.

3) Vgl. Schlegelberger, § 4, Anm. 2.

§ 3 Abs. 1 Nr. 4 WHG, da es sich hierbei um Lebewesen handelt. Das Einbringen der Fischbrut erfüllt also keinen Benutzungstatbestand im Sinne des WHG und bedarf schon deshalb keiner Bewilligung oder Erlaubnis¹⁾. Düngemittel sind z.B. Kalke zum Anheben des pH-Wertes, d.h. zur Neutralisation des Wassers²⁾. Immer muß es sich jedoch um feste Stoffe handeln, da flüssige oder gasförmige Stoffe nicht eingebracht, wie es § 29 LWG verlangt, sondern eingeleitet werden³⁾.

Das zur Fischerei gehörende Aneignungsrecht umfaßt das Einbringen von Fischereigeräten, wie Netzen und Fischkörben. Das Aneignungsrecht ist im Sinne des BGB zu verstehen. Es bezieht sich deshalb nur auf herrenlose Fische (§ 960 Abs. 1 BGB) und nicht auf Fische in Teichen und anderen geschlossenen Privatgewässern gemäß § 960 Abs. 1 Satz 2 BGB, da diese nicht herrenlos sind, sondern im Eigentum des Gewässereigentümers stehen⁴⁾⁵⁾.

1) Vgl. Kolb, WHG, Erl. zu § 25.

2) Vgl. Feldt, Anm. zu § 29 WHG.

3) Vgl. oben, S. 17.

4) Vgl. dazu Wolff-Raiser, § 81 V, S. 302; Schlegelberger, § 4, Anm. 2; Born, § 4, Anm. 3.

5) Das Fischereirecht und damit auch das Aneignungsrecht stehen grundsätzlich dem Gewässereigentümer zu (§ 7 FG).

Begrifflich stellt das Fischereirecht des Gewässereigentümers nicht lediglich einen Ausfluß des Eigentums dar. Zwar kann der Gewässereigentümer kraft seines Eigentums fremden Personen das Fischen auf seinem Grundstück verwehren, er kann jedoch nicht den Eigentumserwerb Unberechtigter an den gefangenen Fischen verhindern. Der Eigentumserwerb anderer wird erst ausgeschlossen durch das dem Gewässereigentümer mit § 7 FG gewährte ausschließliche Aneignungsrecht (vgl. § 958, Abs. 2 BGB; vgl. dazu Lange, S. 314 f.; Schlegelberger, § 18, Anm. 1).

§ 29 LWG (§ 25 WHG) verlangt, daß das Einbringen von Stoffen den Zwecken der Fischerei in dem umschriebenen Sinne dient. Diese Zweckbezogenheit ist eng auszulegen, wie die Entstehungsgeschichte des § 25 WHG deutlich macht. Dem Vorschlag, das Wort "Fischerei" durch die Worte "fischereiliche Bewirtschaftung" zu ersetzen, hat man u.a. auch deshalb nicht entsprochen, um zu verhindern, daß Fischereiberechtigte auch Abwässer, z.B. Fäkalien, mit der Behauptung in die Gewässer einleiten, es handele sich hierbei auch um Fischfutter¹⁾. Das Einbringen von Stoffen muß daher unmittelbar und eigentlich zu Zwecken der Fischerei geschehen, wobei es unerheblich ist, ob daneben auch die Erfüllung noch anderer Zwecke in Kauf genommen wird²⁾.

V. Alte Rechte und Befugnisse

1. Überblick

Die Ordnung des Wasserhaushaltes erfordert auch die Regelung der alten, an den Gewässern bestehenden Berechtigungen. In den §§ 15-17 WHG und 136-138 LWG ist das Übergangsrecht für die Benutzung der Gewässer festgelegt. Das WHG unterscheidet zwischen alten Rechten und Befugnissen (§ 15 WHG) und anderen alten Benutzungen (§ 17 WHG). Für die Benutzungen auf Grund alter Rechte und Befugnisse ist nach Inkrafttreten des WHG eine Erlaubnis oder Bewilligung nicht erforderlich. Die anderen alten Benutzungen dürfen dagegen ohne besondere Zulassung nur noch befristet ausgeübt

1) Vgl. dazu Kolb, WHG vor § 25.

2) Vgl. dazu SZ, § 25, An. 3.

werden.

2. Aufrechterhaltene Berechtigungen

Die alten Rechte und Befugnisse, von denen § 15 WHG in der Überschrift spricht, sind zum großen Teil in Abs. 1 Nr. 1-3 umschrieben. Die darin genannten Berechtigungen gelten jedoch nur fort, soweit die Länder nichts anderes bestimmen (§ 15 Abs. 1). Von diesem Vorbehalt hat der Landesgesetzgeber Gebrauch gemacht und in § 136 Abs. 1 Nr. 1 LWG den Kreis der in § 15 Abs. 1 WHG aufgeführten Berechtigungen auf die in § 15 Abs. 1 Nr. 1 genannten Rechte beschränkt.

Alte Berechtigungen werden also aufrechterhalten, soweit es sich um Rechte handelt, die nach den Landeswassergesetzen erteilt worden sind (§ 15 I Nr. 1 WHG). Da die Rechte erteilt sein müssen, kommen diejenigen Berechtigungen nicht in Betracht, die sich schon aus dem Gesetz ergaben, wie z.B. die Eigentüternutzungsrechte nach dem PrWG (§§ 40 ff.)

Von einem erteilten Benutzungsrecht kann ferner nur dann gesprochen werden, wenn es sich um staatliche Verleihungen handelt, die eine vorher nicht da gewesene Rechtsmacht geschaffen haben. Genehmigungen rein polizeilichen Charakters, mit denen die bloße Feststellung verbunden war, daß der Benutzung keine öffentlichen Interessen noch Rechte anderer, die von der Verwaltungsbehörde zu schützen waren, entgegenstanden, scheiden deshalb aus. Mit Genehmigungen solcher Art wurde nicht ein Benutzungsrecht erteilt; sie setzten vielmehr voraus, daß eine Benutzungsberechtigung, die infolge der Genehmigung ausgeübt werden konnte, bereits vorhanden war oder doch nach Erteilung der Genehmigung von dem zur Zeit Nutzungsberechtigten eingeräumt werden konnte¹⁾. Ein solcher, nur ein bloßes Dürfen

1) Vgl. dazu Jellinek, System, S. 46 ff.; Kormann, S. 82 ff.

gewährender staatlicher Akt war z.B. die Genehmigung nach Art. 54 Abs. 2 Hessisches Dammbaugesetz.

Die Verleihung einer vorher noch nicht dagewesenen Rechtsmacht reicht aber allein noch nicht aus, um ein Recht im Sinne des § 15 Abs. 1 Nr. 1 WHG annehmen zu können. Auch die widerrufliche Erlaubnis des WHG (§ 7) verleiht ein echtes Können¹⁾ und ist dennoch vom Gesetz als bloße Befugnis gekennzeichnet, im Gegensatz zur Bewilligung, die ein Recht gewährt (§ 8 Abs. 1 Satz 1 WHG). Der Unterschied zwischen Befugnis und Recht liegt entsprechend dem Abstand der Bewilligung zur Erlaubnis nach dem WHG in der Sicherheit vor staatlichen Eingriffen (vgl. dazu § 12 WHG) und in der gesicherten Rechtsstellung gegenüber Dritten (vgl. § 11 WHG). Wo etwa der Staat jederzeit entschädigungslos widerrufen kann und eine privatrechtliche Sicherung gänzlich fehlt, wie bei der Erlaubnis nach dem WHG, ist nur eine Befugnis anzunehmen. Davon hebt sich die alte Berechtigung mit Rechtscharakter i.S.d. § 15 Abs. 1 Nr. 1 WHG dadurch ab, daß sie in ihrer Schutzwirkung in etwa der heutigen Bewilligung gleichkommt. Ein so verstandenes Recht ist beispielsweise nach §§ 40 ff. Bad.WG und §§ 46 ff. PrWG gewährt worden²⁾. Dagegen wird die kraft Vorbehalts ohne Entschädigung jederzeit widerrufliche Verleihung des Bad.WG (§ 47 Abs. 3 Nr. 1) mangels ausreichender Sicherung nicht von § 15 Abs. 1 Nr. 1 WHG erfaßt.

Auch diejenigen alten Rechte bleiben fortbestehen, die schon durch die bisherigen Landeswassergesetze aufrechterhalten worden sind (§ 15 Abs. 1 Nr. 1 WHG). In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die aufrechterhaltenen Rechte ehemals aufgrund einer staatlichen Verleihung "erteilt" wurden oder -----.

1) Vgl. unten S. 49.

2) Im Ergebnis wie hier GW § 15 Anm. 3; vgl. auch Burghartz, § 15, Anm. 3.

auf Gesetz beruhen¹⁾.

Voraussetzung für die Weitergeltung der alten Rechte ist, daß bei Inkrafttreten des LWG rechtmäßige Anlagen vorhanden waren (vgl. § 15 Abs. 1 WHG, 136 Abs. 1 Satz 1 LWG)²⁾. Gemeint sind Benutzungsanlagen - d.s. alle äußerlich erkennbaren Vorrichtungen zur Ausnutzung des Benutzungsrechts³⁾. Wie schon der Wortlaut sagt, kommt es auf das Vorhandensein einer solchen Anlage an und nicht auf deren tatsächliche Benutzung zum maßgebenden Zeitpunkt⁴⁾.

Die Anlage muß aber rechtmäßig bestanden haben. Auf jeden Fall muß deshalb die Anlage nach bisher geltendem öffentlichem Recht zulässig gewesen sein. Fraglich erscheint dagegen, ob sie auch mit dem Privatrecht in Einklang gewesen sein muß, ob sie also aufgrund Eigentums oder eines davon abgeleiteten Rechts bestanden haben muß. Der Ausdruck "rechtmäßig" schlechthin spricht sicherlich für diese Annahme⁵⁾. Da es jedoch hier allein darum geht, ob die bisherige Benutzung weiterhin ohne erneute öffentlich-rechtliche Zulassung ausgeübt werden darf, kann auch nur die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Anlage maßgebend sein⁶⁾. Öffentlich-rechtlich unzulässig wäre beispielsweise eine Stauanlage, wenn nur ein Ableitungsrecht verliehen wurde, aber nichts über das Aufstauen gesagt war.

1) Vgl. hierzu die eingehende Regelung der §§ 379-382 PrWG.

2) Abweichender Zeitpunkt in den Fällen des § 136, Abs. 1, Satz 2 LWG.

3) Vgl. HKS, § 379, Anm. 13.

4) Vgl. Fischerhof, Disk., S. 46.

5) So Burghartz, § 15, Anm. 6.

6) GW, § 15, Anm. 8.

Alte Berechtigungen gelten auch dann fort, wenn sie in einem förmlichen Verfahren nach bisherigem Recht erteilt worden sind¹⁾. Was im einzelnen unter einem förmlichen Verfahren zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht definiert. Einen Anhaltspunkt gibt jedoch § 9 Satz 2 WHG, wo der Gesetzgeber zu erkennen gegeben hat, welche Anforderungen er an ein förmliches Verfahren stellt. Danach ist ein Verfahren erforderlich, in dem die Betroffenen und die beteiligten Behörden Einwendungen geltend machen konnten. Hat ein solches förmliches Verfahren stattgefunden, so kommt es für die Aufrechterhaltung nicht darauf an, ob auf Grund dessen ein subjektives Recht in dem oben geschilderten Sinne gewährt wurde.

Voraussetzung für die Aufrechterhaltung ist jedoch, daß das förmliche Verfahren seine Grundlage in einem alten Landeswassergesetz hatte und nicht in einem anderen Gesetz. Die Ausdrucksweise "nach bisherigem Recht" in § 136 Abs. 1 Nr. 2 LWG ist insoweit mißverständlich. Damit können jedoch nur die alten Landeswassergesetze gemeint sein, da auch die Ermächtigung des § 15 Abs. 3 WHG nur so weit reichte. Hiernach sind deshalb nicht Benutzungsberechtigungen aufrechterhalten, die bisher auf einer Anlagengenehmigung nach § 16 GewO beruhten. Unter § 136 Nr. 2 LWG fallen vor allem die Erlaubnisse nach altem bayerischem Wasserrecht²⁾.

Weitere Fälle der Aufrechterhaltung von Benutzungsberechtigungen enthält § 15 Abs. 2 WHG. Ein Plan-

1) Vgl. § 15 Abs. 3 WHG i.V.m. § 136 Abs. 1 Nr. 2 LWG.

2) Vgl. hierzu die Art. 37-39, 42 und 43; die §§ 84-100 der Vollzugsvorschriften und Art. 168-175.

feststellungsverfahren i.S.d. § 15 Abs. 2 WHG ist beispielsweise vorgesehen in den §§ 17, 18 Bundesfernstraßengesetz und § 36 Bundesbahngesetz. Während eine Planfeststellung die Herstellung einer Sache ermöglicht, setzt der in § 15 Abs. 2 WHG gleichfalls angeführte hoheitliche Widmungsakt das Bestehen einer Sache voraus. Unter Widmung ist ein Verwaltungsakt zu verstehen, der eine tatsächlich vorhandene Sache zu einer öffentlichen Sache macht, wobei u.a. auch dem Träger der technischen Baulast die Aufgabe übertragen wird, diese öffentliche Sache in ihrem Bestand zu erhalten oder zu verbessern¹⁾. Soweit bei Erfüllung dieser Aufgabe auch nach Inkrafttreten des WHG Gewässerbenutzungen i.S.d. § 3 WHG erforderlich werden - z.B. eine Einleitung von Oberflächenwasser, das sich auf Straßen angesammelt hat - handelt es sich um Benutzungen auf Grund eines hoheitlichen Widmungsaktes, für die eine Bewilligung oder Erlaubnis auch in Zukunft nicht erteilt zu werden braucht.

Inhalt und Umfang der aufrechterhaltenen Berechtigungen richten sich nach bisherigem Recht (§ 136 Abs. 2 LWG). Die in § 136 Abs. 2 LWG erwähnten besonderen Titel sind Rechtsakte, durch die solche Berechtigungen begründet werden, die sich nicht schon aus Gesetz oder Gewohnheitsrecht ergeben. Nach altem Recht und Titel bestimmt sich dementsprechend auch, ob die Berechtigungen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter haben²⁾, welche Dauer sie haben (§ 47 Abs. 2 PrWG) und wann der Wasserzufluß beeinträchtigt wird. § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG, wonach die Bewilligung und Erlaubnis neueren Rechts kein Recht auf Zufluß von Wasser

1) Vgl. SZ, Straßen- und Wegegesetz, § 6, Anm. 6.

2) Vgl. die Verleihung des PrWG einerseits (privatrechtlich) und die bayerische Erlaubnis andererseits (öffentlich-rechtlich).

bestimmter Menge und Beschaffenheit geben, findet auf alte Berechtigungen keine Anwendung. Ein Triebwerksbesitzer aus der Zeit des preußischen Privatflußgesetzes vom 28.2.1843 (GS S. 41) kann sich deshalb auch heute noch gegen die Verminderung des Wasserzuflusses mit Einwendungen zur Wehr setzen (§ 8 Abs. 3 WHG i.V.m. § 42 PrWG¹⁾).

Die Aufhebung alter Berechtigungen wird in § 15 Abs. 4 WHG geregelt. Gegen Entschädigung ist danach eine Aufhebung unter den gleichen Voraussetzungen zulässig wie die entschädigungspflichtige Rücknahme der Bewilligung²⁾. Die Abweichungen in der Formulierung sind ohne sachliche Bedeutung³⁾.

Die Aufhebung alter Berechtigungen ohne Entschädigung ist in § 15 Abs. 4 Satz 2 WHG angesprochen. Zum Teil wird angenommen, daß in § 15 Abs. 4 Satz 2 nur hinsichtlich der Rechtsfolgen auf das Landesrecht verwiesen, während der Tatbestand als Voraussetzung für einen Eingriff ein für allemal in § 15 Abs. 4 Satz 1 WHG gesetzt sei. Eine alte Berechtigung könne also nur aufgehoben werden, wenn die Fortsetzung der Benutzung das Wohl der Allgemeinheit erheblich beeinträchtigen würde. § 15 Abs. 4 Satz 2 habe dann die Bedeutung, daß er einen Entschädigungsanspruch ausschließe, soweit das bei gleichen Eingriffstatbestand auch in den bisherigen Landesrechten geschehen sei, z. B. in § 56 BadWG⁴⁾. Diese Auffassung wird einmal auf den bloßen Wortlaut gestützt, zum anderen wird aus der Tendenz des WHG, das Wasserrecht einheitlich zu gestalten, auf

1) Vgl. hierzu 64. Koll., Ref. Gieseke, S. 3; GW, § 15, Anm. 12; 74. Koll., Ref. Burghartz, S. 1.

2) Vgl. unten, S. 222 ff. zu § 12, Abs. 1, WHG.

3) Vgl. dazu GW, § 15, Anm. 13.

4) Krüger, Wasserrecht, S. 12; Witzel, § 15, Anm. 10.

eine möglichst enge Verweisung in die früheren Landesrechte geschlossen.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Für die Aufhebung einer alten Berechtigung ohne Entschädigung ist das Vorliegen des in § 15 Abs. 4 Satz 1 gesetzten Tatbestandes nicht Voraussetzung. Die Rücknahmetatbestände sind vielmehr in den alten Landeswasserrechten zu suchen. Dafür spricht zunächst, daß auch § 12 WHG, die Parallelbestimmung zu § 15 Abs. 4 WHG, verschiedene Tatbestände kennt, je nachdem, ob die Bewilligung gegen oder ohne Entschädigung zurückgenommen werden soll. Aber auch eine Tendenz zur einheitlichen Gestaltung wird gerade bei der Übergangsregelung nicht erkennbar. Das WHG hat als Rahmengesetz das Übergangsrecht weitgehend den Ländern überlassen¹⁾. Es hat insbesondere eine Inhalts- und Umfangsbestimmung der aufrechterhaltenen Berechtigungen nicht vorgenommen, sodaß die Länder auch insoweit voll auf die alten Landeswassergesetze verweisen konnten (§ 136 Abs. 2 LWG). Es besteht darüber hinaus auch kein Anlaß, die Inhaber alter Berechtigungen besser als bisher zu stellen, indem eine Aufhebung nur noch bei einer erheblichen Beeinträchtigung des WdA zugelassen sein soll²⁾.

Die Bestimmungen der alten Landeswassergesetze können als Grundlage für die Aufhebung aber nur insoweit herangezogen werden, als sie nicht Art. 14 GG widersprechen. Diese Schranke soll mit § 15 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbs., WHG zum Ausdruck gebracht werden³⁾⁴⁾.

1) Vgl. etwa § 15 Abs. 1: "...soweit die Länder nichts anderes bestimmen ..."; vgl. auch § 15 Abs. 3.

2) Vgl. hierzu 92. Koll., Ref. Gieseke, S. 1 f.; GW, § 15, Anm. 14; Rehder, NWG, § 32, Anm. 4.

3) Vgl. BT-Drucks. 2072. S. 27.

4) Eine bloße Beschränkung der alten Berechtigung ist zunächst nach § 5 WHG zulässig, der in § 138 LWG für entsprechend anwendbar erklärt ist. Eine alte Berechtigung kann ferner beschränkt werden in einem Ausgleichsverfahren (§ 18 WHG).

Die nicht aktenkundigen alten Berechtigungen erlöschen automatisch, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist zur Eintragung in das Wasserbuch angemeldet oder sonst bekannt geworden sind (§ 16 Abs. 2 Satz 2 WHG)¹⁾. Dem früheren Inhaber eines erloschenen alten Rechts ist auf seinen Antrag hin eine Bewilligung im Umfang seines bisherigen Rechts zu erteilen, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen (§ 16 Abs. 3 WHG). Im Unterschied zur gewöhnlichen Erteilung von Bewilligung und Erlaubnis ist hier dem Antragsteller ein subjektives öffentliches Recht auf Gewährung einer Bewilligung zuerkannt²⁾.

Eine Bewilligung ist zu erteilen, "soweit die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung vorliegen". Dem Wortlaut zufolge scheint es darauf anzukommen, ob auch die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 WHG erfüllt sind³⁾.

1) Gemäß § 16 Abs. 1 WHG müssen die alten Berechtigungen von Amtswegen in das Wasserbuch eingetragen werden, soweit sie bekannt sind. Da die Eintragung von Amtswegen erfolgen soll, kann es sich dabei nur um solche Berechtigungen handeln, die aktenkundig sind (Gieseke, Umfang, S. 22). Die nicht aktenkundigen Berechtigungen können von ihren Inhabern nach öffentlicher Aufforderung innerhalb einer Frist von 3 Jahren zur Eintragung angemeldet werden (§ 16 Abs. 2 Satz 1 WHG, § 137 Abs. 1 LWG; vgl. hierzu auch die öffentliche Aufforderung des Landes Rheinland-Pfalz - Staatsanzeiger Nr. 18 v. 6.5.1962 -). Sind sie bis zum Ablauf dieser Frist weder bekannt noch angemeldet worden, dann erlöschen sie spätestens 10 Jahre nach der öffentlichen Aufforderung (§ 16 Abs. 2 Satz 2 WHG). Das Wasserbuch ist als bloßes Verwaltungsregister gedacht. Die Eintragung hat keine rechtsbegründende und rechtsfeststellende Wirkung (vgl. § 130 Abs. 2 LWG). Daher kann auch die Ablehnung einer Eintragung nicht die Folge haben, daß die Befugnis oder das Recht erlöschen. Für die Frage des Erlöschens kommt es vielmehr nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf die Anmeldung an (Gieseke, Umfang, S. 24).

2) Vgl. unten, S. 113 f.

3) So Burghartz, § 16, Anm. 4.

Dagegen spricht jedoch , daß eine Bewilligung zu erteilen ist, also von vornherein nur eine Bewilligung und nicht auch eine bloße Erlaubnis zur Diskussion steht. Dementsprechend können jene in § 8 Abs. 2 WHG aufgeführten unternehmensbedingten Merkmale keine Rolle spielen, die der Unternehmer ausfüllen muß, um statt einer Erlaubnis eine Bewilligung zu erlangen.

Nach GW¹⁾ sollen im Bewilligungsverfahren auch keine Einwendungen erhoben werden können, die gegenüber dem bisherigen Recht ausgeschlossen waren. Diese Einschränkung sei gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber das Bestreben habe, den Inhaber des erloschenen Rechts tunlichst so zu stellen, wie wenn dieses Recht fortbestünde. Diese Argumentation leuchtet jedoch nicht ein. Es ist nur folgerichtig, daß sich mit der Nichtanmeldung die Rechtsposition des Benutzers durch die dann notwendige Anpassung seines Rechts an das neue Wasserrecht auch verschlechtern kam und deshalb auch bisher ausgeschlossene Einwendungen im neuen Verfahren zulässig sind²⁾.

3. Befristet fortgeltende Berechtigungen

Durch eine Übergangsfrist für die in § 17 Abs. 1 WHG aufgezählten alten Berechtigungen wollte der Gesetzgeber vermeiden, daß die Verwaltung kurz nach Inkrafttreten des WHG und des LWG mit Anträgen auf eine Neuzulassung überhäuft wird³⁾. Die Regelung gilt nach § 17 Abs. 1 Nr. 1 WHG zunächst für die durch § 15 Abs. 1 u. 2 WHG erfaßten Berechtigungen, die nicht aufrechterhalten sind,

1) § 16, Anm. 8.

2) Wie hier Burghartz, § 16, Anm. 4; Rehder, WG, § 34, Anm. 6.

3) Vgl. BT-Drucks. 2072, S. 28.

weil rechtmäßige Anlagen zu dem vorgeschriebenen Zeitpunkt nicht vorhanden waren¹⁾. Da der Landesgesetzgeber den Kreis der von § 15 Abs. 1 erfaßten Rechte und Befugnisse eingeschränkt hat²⁾, kommt für die ausgeschlossenen Berechtigungen auch § 17 Abs. 1 Nr. 1 WHG nicht in Betracht³⁾. Andererseits hat der Gesetzgeber in Rheinland-Pfalz die in § 15 Abs. 1 WHG aufgeführten Berechtigungen durch § 136 Abs. 1 Nr. 2 LWG wieder erweitert, sodaß diese Berechtigungen nunmehr auch unter § 17 Abs. 1 Nr. 1 WHG fallen, soweit zum maßgebenden Zeitpunkt keine rechtmäßigen Benutzungsanlagen vorhanden waren.

§ 17 Abs. 1 Nr. 2 sieht eine Übergangszeit für Benutzungen vor, die aufgrund eines anderen Rechts oder in sonst zulässiger Weise ausgeübt werden durften. Können diese Benutzungen nur mittels Anlagen durchgeführt werden, so wird eine Übergangszeit nur gewährt, wenn bei Inkrafttreten des LWG rechtmäßige Anlagen vorhanden waren⁴⁾. Aufgrund eines "anderen" Rechts heißt soviel wie eines "anderen" als nach § 17 Nr. 1. Da in § 17 Abs. 1 Nr. 1 die in § 15 Abs. 1 Nr. 1 genannten Rechte erfaßt sind, diese aber "erteilt" sein mußten⁵⁾, sind auch mit den in § 17 Abs. 1 Nr. 2 genannten anderen Rechten nur besondere Benutzungsrechte gemeint und nicht die sich aus dem Gesetz unmittelbar ergebenden Berechtigungen⁶⁾. Letztere sind vielmehr mit den Worten "in sonst zulässiger Weise" einbegriffen.

1) Vgl. oben, S. 38.

2) Vgl. oben, S. 36.

3) GW, § 17, Anm. 4.

4) Vgl. § 17 Abs. 1 Nr. 2, 2. Halbs., i.V.m. § 15, Abs. 1 WHG und § 136, Abs. 1 LWG.

5) Vgl. oben, S. 36.

6) Wie hier GW, § 17, Anm. 5; Röhder, NWG, § 36, Anm. 7; BVerw.G, NJW 1965, S. 1680.

Unter § 17 Abs. 1 Nr. 2 WHG fallen darüber hinaus auch die in § 15 Abs. 1 Nr. 2 und 3 WHG aufgeführten Fälle, die der Landesgesetzgeber nicht als alte Befugnisse i.S.d § 15 Abs. 1 gelten läßt¹⁾. Der Landesgesetzgeber hat zwar nicht eigens darauf hingewiesen, daß diese Befugnisse nunmehr von § 17 Abs. 1 Nr. 2 WHG ergriffen werden. Dessen bedurfte es aber auch nicht unbedingt, da § 17 Abs. 1 Nr. 2 seiner ratio nach alle bei Verkündung des WHG zulässigen Wasserbenutzungen ansprechen will, die nicht schon von § 15 WHG erfaßt werden, so daß auch die vom Landesgesetzgeber aufgrund bundesgesetzlichen Vorbehaltes aus § 15 WHG ausgeklammernten Berechtigungen ohne besonderen Hinweis unter § 17 Abs. 1 Nr. 2 WHG fallen müssen²⁾.

Inhalt und Umfang der fortgeltenden Berechtigungen bestimmen sich nach den bisherigen Gesetzen, oder, soweit sie auf besonderen Titeln beruhen, nach diesen. Ausdrücklich gesagt ist das zwar nur in § 111 des HambWG. Doch kommt eine andere Regelung nicht in Betracht, da das WHG Inhalt und Umfang der hier in Rede stehenden Berechtigungen unberührt gelassen und auch der Landesgesetzgeber keine gegenteiligen Bestimmungen getroffen hat³⁾.

Auch über die Aufhebung dieser Berechtigungen enthalten die neuen Wassergesetze keine Bestimmungen, so daß auch insoweit die alten Landeswassergesetze herangezogen werden müssen. Nur eine Beschränkungsmöglichkeit nach § 5 WHG hat der Landesgesetzgeber ausdrücklich in § 138 LWG eröffnet. Darüber hinaus muß eine Beschränkung aber auch in einem Ausgleichsverfahren nach § 18 WHG für zulässig erach-

1) Vgl. oben, S. 36.

2) Vgl. hierzu BT-Drucks. 2072, S. 29; GW, § 17, Anm. 4.

3) Vgl. Rehder, Behandlung, S. 428; Abt, Gedanken, S. 205.

tet werden. Das Gesetz spricht zwar in § 18 WHG nur von alten Rechten und Befugnissen, was darauf schließen läßt, daß nur die in § 15 erfaßten Berechtigungen gemeint sind. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum nicht auch die vom Gesetzgeber an sich schon weniger günstig gestellten "anderen alten Benutzungen" in ein Ausgleichsverfahren mitbezogen werden sollen.

Dem Inhaber eines nach § 17 Abs. 1 WHG fortgeltenden Rechts ist mit dessen Ablauf gemäß § 17 Abs. 2 eine Bewilligung im Umfang seines Rechts zu erteilen¹⁾. Der Bundesgesetzgeber ist davon ausgegangen, daß es eine Enteignung bedeuten würde, wenn dem Inhaber eines der in Abs. 1 aufgeführten Rechte die weitere Benutzungsausübung schlechthin verboten würde²⁾. Dieser ratio entsprechend muß § 17 Abs. 2 WHG aber auch für bloße Anlagengenehmigungen Anwendung finden, soweit diese unter dem Schutz des Art. 14 GG stehen. Dazu gehört vor allem die Anlagengenehmigung nach § 16 GewO³⁾.

1) Vgl. oben, S. 43.

2) BT-Drucks. 2072, S. 28.

3) Vgl. dazu § 15 Abs. 1 Nr. 3 WHG und GW, § 17, Anm. 9; zum Schutz öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen im Rahmen des Art. 14 GG vgl. auch Wölff, S. 362.

2. Teil

Inhalt und Tragweite der Bewilligung und Erlaubnis

A. Rechtsnatur

Das WHG und das LWG legen nicht fest, welche Benutzungstatbestände in welcher Rechtsform zu gestatten sind. Die von dem WHG zur Verfügung gestellten Rechtsinstitute, Bewilligung und Erlaubnis, unterscheiden sich deshalb nur rechtlich von einander. So begründet die Bewilligung ein volles subjektiv-öffentliches Recht (§ 8 Abs. 1 Satz 1 WHG), während die Erlaubnis eine widerrufliche Befugnis zur Gewässerbenutzung gewährt (§ 7 WHG). Nach der im öffentlichen Sachenrecht althergebrachten Unterscheidung entspricht die Bewilligung dem gesteigerten und die Erlaubnis dem schlichten Sondergebrauch¹⁾.

Das Wesen der Erlaubnis wird nicht einhellig beurteilt. Im Bericht des Sonderausschusses Wasserhaltungsgesetz²⁾ wird die Erlaubnis ihrem Wesen nach als eine widerrufliche Unbedenklichkeitserklärung bezeichnet. Rehder³⁾ stellt dagegen fest, daß die Erlaubnis mehr als eine bloße Unbedenklichkeitserklärung sei. Er hält sie für einen konstitutiven Akt. Grimme⁴⁾ schließlich sieht in der Erlaubnis eine Wiederherstellung der durch § 2 I WHG beschränkten Handlungsfreiheit. Damit steht allerdings nicht ganz im Einklang, daß er sie auch als gestaltenden Verwaltungsakt darstellt, der eine öffentlich-rechtliche Benutzungsbefugnis einräume.

Die Erlaubnis kann zunächst jedenfalls dahin charakterisiert werden, daß sie eine Rechtsstellung

1) Vgl. dazu Wolff, S. 342 ff.

2) BT-Drucks., 3536, S. 4 .

3) NWG, § 10, Anm. 1 a.

4) WHG, § 7, Anm. 1.

gewährt, kraft deren vom Staat die Duldung einer bestimmten Betätigung (Benutzung) solange verlangt werden kann, bis sie gültig widerrufen ist. Sie gibt mithin ihrem Inhaber eine materielle Berechtigung oder auch ein subjektives öffentliches Recht i.w.S.¹⁾.

Die subjektiven öffentlichen Rechte i.w.S. sind nun sowohl nach ihrem Inhalt wie nach ihrem Intensitätsgrad sehr verschieden²⁾. Die auf ein Sachobjekt bezüglichen Berechtigungen lassen sich ihrem Inhalt nach grundsätzlich scheiden in solche, die ein bloßes Dürfen gewähren und solche, die ein Können verleihen. Die erstgenannte Berechtigung macht eine tatsächlich oder auch rechtlich an sich mögliche, aber verbotene Handlung erlaubt, während die letztgenannte Berechtigung eine vorher nicht dagewesene Rechtsmacht enthält³⁾. Bei dieser Gruppierung zählt die Erlaubnis zu den Rechtsmacht verleihenden Berechtigungen. Denn sie ergänzt nicht bloß bestehende Rechte, sondern sie begründet eine Befugnis, die vorher nicht im Wirkungskreis ihres Inhabers gelegen war. Allein die Erlaubnis gibt die Rechtsgrundlage für die Gewässerbenutzung ab - weder das Gewässereigentum noch die Zustimmung des Eigentümers ist das konstitutive Element. Die Erlaubnis "gewährt" erst eine Nutzungsbefugnis, wie es in §7 WHG heißt, und ist keine bloße Anlagengenehmigung wie die Bauerlaubnis⁴⁾.

Wenn deshalb in dem schriftlichen Bericht des 2. Sonderausschusses WHG⁵⁾ die Erlaubnis trotzdem als Unbedenklichkeitsbescheinigung bezeichnet

1) Vgl. Ipsen, S. 78; Wolff, S. 228, 230.

2) Vgl. hierzu Bachöf, Klage, S. 66 f.; Wolff S. 227 f.

3) Kormann, S. 84 f.

4) Vgl. dazu auch §§ 24 WHG, 12 LWG und unten S. 84 f. vgl. auch Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 568; Sievers, Nutzung, S. 85.

5) BT-Drucks. 3536, S. 4.

wird, so kann damit nur gemeint sein, daß im Falle ihrer Erteilung Belange des WdA nicht betroffen sind. Mit der Unbedenklichkeitserklärung des früheren PrWG (§ 23 PrWG) kann die Erlaubnis jedenfalls nicht verglichen werden¹⁾. Vielmehr kommt sie in ihrer konstitutiven Wirkung eher der früheren Verleihung des PrWG gleich (§§ 46 ff. PrWG).

Von der Bewilligung unterscheidet sich die Erlaubnis jedoch ihrem Intensitätsgrad nach. Kann die Erlaubnis schon bei entgegenstehenden öffentlichen Interessen und dann ohne Entschädigung widerrufen werden (§ 7 WHG, § 15 Abs. 2 LWG), so ist der Entzug einer Bewilligung i.d.R. nur bei erheblicher Beeinträchtigung des WdA und gegen Entschädigung gestattet (§ 12 Abs. 1 WHG). Deshalb kann von der Erlaubnis nur als einem verwaltungsrechtlichen Besitzstand (Verstattung), von der Bewilligung dagegen als einem subjektiven öffentlichen Recht i.e.S. gesprochen werden²⁾.

B. Art und Maß der Benutzung

I. Bestimmung von Art und Maß der Benutzungshandlung

Bewilligung und Erlaubnis geben die Berechtigung, ein Gewässer in einer nach Art und Maß bestimmten Weise zu benutzen (§§ 8 Abs. 1 Satz 1, 7 WHG). Mit der Art der Benutzung ist einer der im § 3 WHG aufgeführten Tatbestände gemeint. Um eine Maßbestimmung handelt es sich, wenn etwas seiner Ausdehnung nach im Hinblick auf das Vollständige eingeschränkt werden soll. Bestimmungen über das Maß der Benutzung sind daher solche, welche die Benutzungshandlung ihrer Ausdehnung nach oder auch ihrem Umfang nach begrenzen. Die Abgemessenheit kann sich auf die

1) Vgl. dazu Krüger, Grundfragen, S. 54 ff.

2) Vgl. Wolff, S. 232 f.

Quantität, Qualität oder auch auf die zeitliche Ausdehnung beziehen. So kann die Gewässerbenutzung in ihrem Umfang bemessen sein nach der Menge des zu entnehmenden oder einzuleitenden Wassers, nach dem Flüssigkeitsgrad der einzuleitenden Stoffe oder auch nach der Zeit der Ausübung. Letzteres wird aktuell, wenn eine Wasserentnahme je nach der Wasserführung eines Flusses auf bestimmte Tages- oder Nachtzeiten beschränkt werden soll. Zwar sind in § 18 Abs. 1 Satz 1 WHG die Zeiten der Benutzungsausübung neben deren Art und Maß besonders hervorgehoben, woraus geschlossen werden könnte, daß in §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 7 WHG das Maß der Benutzung Bestimmungen über die zeitliche Begrenzung nicht einschließt. Soll jedoch eine Benutzung etwa zum Zwecke der Abwassereinleitung u.a. auch in zeitlicher Hinsicht, eingeschränkt werden, so wäre eine Maßbestimmung, die beispielsweise nur den Flüssigkeitsgrad der Abwässer angibt, aber die vorgesehenen Zeitschranken nicht enthält, unvollständig. Eine unvollständige und damit zugleich auch unbestimmte Maßangabe würde aber der in §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 7 WHG vorgeschriebenen Bestimmtheit der Maßangabe widersprechen. Es muß daher angenommen werden, daß in den §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 7 WHG das "Maß" der Benutzung auch zeitliche Einschränkungen umfaßt¹⁾.

Soll eine andere Benutzungsart ausgeübt oder die einmal genehmigte Benutzung ihrem Umfang nach ausgedehnt werden, so ist grundsätzlich eine neue Zulassung erforderlich. Will der Unternehmer eine zugelassene Benutzung ihrem Umfang nach erweitern, so kann ihm eine zusätzliche Bewilligung oder Erlaubnis für den Teil zugesprochen werden, der seine bisherige Benutzung übersteigt. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß die neue Gewässerbenutzung von der schon bestehenden tatsächlich getrennt werden kann²⁾. Denn

1) Im Ergebnis wie hier GW, § 7, Anm. 5.

2) z.B. die Einleitung weiterer Abwässer durch gesonderte Leitungen.

für eine unteilbare Wasserbenutzung kann auch nur eine einheitliche Berechtigung verliehen werden. Mehrere Befugnisse nebeneinander würden in diesem Falle zu dem untragbaren Ergebnis führen, daß hinsichtlich einer einheitlichen Wassernutzung verschiedene rechtliche Bestimmungen, insbesondere unterschiedliche Bedingungen und Auflagen gelten würden¹⁾.

Eine Neuzulassung wird jedoch nicht erforderlich, wenn die Benutzungsausübung gegenüber dem in der Benutzungsberechtigung festgelegten Benutzungsmaß eingeschränkt wird. Der Unternehmer läuft hier lediglich die Gefahr einer teilweisen Aufhebung der Bewilligung oder Erlaubnis (§ 12, Abs. 2 Nr. 2 WHG, § 15, Abs. 2 Nr. 2 LWG).

II. Begrenzung der Benutzungsberechtigungen durch den Grundsatz der Gemeinverträglichkeit

Leben den im Bewilligungs- und Erlaubnisbescheid enthaltenen Bestimmungen über Art und Maß der Benutzung ergibt sich unausgesprochen auch eine Beschränkung der Benutzung ihrer Ausdehnung nach auf Grund einer erweiterten Anwendung des allgemein geltenden Gebots der Gemeinverträglichkeit. Funktion der Gewässer als sog. öffentliche Sachen

1) Vgl. Wiedemann, S. 62.

ist es, der Allgemeinheit zu dienen- und das in möglichst vielseitiger und nutzbringender Weise, nicht allein beschränkt auf den Gemeingebrauch. Diese umfassende Zweckausrichtung der Gewässer bringt es mit sich, daß zahlreiche Personen an seiner Nutzung beteiligt sind. Das Gewässer dient hier der Krafterzeugung, der landwirtschaftlichen Bewässerung, dort der Abwasserbeseitigung und dem Betrieb von Badeanstalten. Hinzu kommen dann immer noch die vielseitigen Gemeingebrauchsbefugnisse (vgl. hierzu § 26 Abs. 1 LWG). Damit ist beim Wasser zwangsläufig die Möglichkeit von Kollisionen der verschiedenen Nutzungsbefugnisse in einem Maße gegeben wie bei keinem anderen Rechtsgut. Deshalb muß auch hier die Pflicht zur schonlichen und rücksichtsvollen Nutzung, die im Grunde jedem subjektiven Recht im weitesten Sinne beigelegt ist, besonders betont werden. Ja, man wird aus der naturbedingten notwendigen Nutzungsgemeinschaft heraus die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme als das beherrschende Prinzip des Wasserrechts ableiten müssen¹⁾.

Scheuner hat für diese Aussage den Begriff der Gemeinverträglichkeit herangezogen²⁾. Seinen konkreten Ausdruck hat der erweiterte Grundsatz der Gemeinverträglichkeit in § 14 WGBW gefunden. Danach sind die Gewässer so zu benutzen, daß alle Benutzer den größtmöglichen Vorteil aus dem Wasser ziehen können und jede vermeidbare Beeinträchtigung anderer unterbleibt. Die Benutzer sind verpflichtet, die Anlagen zur Benutzung des Wassers so einzurichten, zu unterhalten und zu betreiben, daß nicht Wasser zum Nachteil anderer nutzlos verloren geht.

1) Wölff-Raiser, § 101, IV, S. 414; Scheuner, S. 73 ff.

2) Vgl. dazu Petersen, S. 74 ff.

Friesake¹⁾ steht der erweiterten Anwendung des Grundsatzes der Gemeinverträglichkeit vor allem im Verhältnis des Bewilligungs- und Erlaubnisinhabers zum Gemein- und Eigentümergebrauch ablehnend gegenüber. Der Gemeingebrauch sei nur soweit zulässig, als nicht Rechte anderer entgegenständen (§ 23 Abs. 1 WHG) und die Befugnisse anderer nicht beeinträchtigt würden. Der Gewässereigentümer habe gemäß § 24 Abs. 1 WHG jede irgendwie geartete Beeinträchtigung der Sondernutzung zu vermeiden. Eigentümer- und Gemeingebrauch hätten also gegenüber der Ausübung einer Bewilligung und Erlaubnis in jedem Falle zurückzustehen. Würden daher Gemein- oder Eigentümergebrauch einerseits und die Benutzungsausübung aufgrund einer Sondernutzungsberechtigung andererseits miteinander kollidieren, so entspreche eine stete Verpflichtung auch des Bewilligungs- und Erlaubnisinhabers zur Rücksichtnahme auf den Eigentümer- und Gemeingebraucher - eine Verpflichtung, die dem Grundsatz der Gemeinverträglichkeit immanent sei - nicht dem Gesetz.

Eine solche unbedingte Pflicht zur Rücksichtnahme auch im Verhältnis der Sondernutzungen zum Gemein- und Eigentümergebrauch ist jedoch mit der erweiterten Anwendung des Grundsatzes der Gemeinverträglichkeit gar nicht verbunden. Der aufgrund einer Bewilligung oder Erlaubnis berechtigte Benutzer soll hierdurch lediglich nach Lage des Einzelfalles von einer rücksichtslosen Ausübung seiner Berechtigung abgehalten werden. Er soll sich beispielsweise mit einer anderen weniger beeinträchtigenden Benutzungstechnik auseinandersetzen und fundierten Vorschlägen in dieser Richtung entsprechen; er soll etwa über eine andere Verteilung der Nutzungszeiten oder auch über eine andere Art des Stauablasses mit

1) In einer Erwiderung auf Scheuner, a.a.O., vgl. Gemeinverträglichkeit, S. 711 f. (713 f.).

sich reden lassen. Ein Einlenken wird von ihm aber immer nur insoweit verlangt, als dies im Rahmen einer ordnungsgemäßen und wirtschaftlichen Benutzung noch vertretbar ist. Ist letzteres nicht der Fall, kann der Benutzer seine Berechtigung uneingeschränkt ausüben, wie weit dabei auch immer andere Benutzer verdrängt werden sollten. Eine Pflicht zur Berücksichtigung anderer Interessen im Rahmen des Gemein- und Eigentümergebrauchs kann dem Bewilligungs- und Erlaubnisinhaber allein aufgrund des Gebots der Gemeinverträglichkeit dann nicht auferlegt werden. In diesem Sinne ist die vorgeschlagene erweiterte Anwendung des Grundsatzes der Gemeinverträglichkeit von Friesen~~cke~~ auch nicht gewürdigt worden.

C. Zweck der Benutzung

I. Festlegung des Benutzungszweckes.

Bewilligung und Erlaubnis werden für einen bestimmten Zweck erteilt. Das ist zwar in § 8 Abs. 1 Satz 1 WHG nicht in der gleichen Weise gesagt wie in § 7 WHG, der Parallelbestimmung für die Erlaubnis. Wenn aber schon eine Erlaubnis nur für einen bestimmten Zweck erteilt werden darf, dann erst recht die weitergehende Bewilligung¹⁾.

Die Zweckbindung auch der Bewilligung folgt zudem aus § 8 Abs. 2 Nr. 2 WHG, wonach die Bewilligung nur zugesprochen werden darf, wenn die Benutzung einem bestimmten Zwecke dient^{2) 3)}.

Wieweit im Einzelfall die Zweckbindung reichen soll, geben weder der Gesetzeswortlaut noch die Materialien zu erkennen. Einer Richtschnur für den

1) Vgl. Burghartz, § 8, Anm. 3 b.

2) GW, § 8, Anm. 3; Köhler, Betriebsbeauftragte, S. 32, Anm. 53.

3) Vgl. hierzu auch die Bestimmungen über den Bewilligungsbescheid (§ 120, Nr. 1 LWG), wo u.a. die Bezeichnung des bewilligten Rechts nach dem Zweck der Benutzung vorgeschrieben ist.

Umfang der Zweckbindung bedarf es jedoch angesichts der Tatsache, daß als Benutzungszwecke nächste oder entfernt liegende, mehr allgemein oder auch mehr konkret bestimmte Ziele in Betracht kommen können. So erfolgt etwa die Wassernutzung eines Gewerbebetriebes unmittelbar zu Zwecken des Antriebs einer Turbine und mittelbar zu Zwecken einer bestimmten Güterproduktion. Eine allgemein gehaltene Bestimmung wäre etwa der Aufstau eines Gewässers zur Bewässerung, zur Krafterzeugung, zu Fabrikationszwecken; konkreter wäre beispielsweise ein Aufstau zur Bewässerung bestimmter landwirtschaftlicher Grundstücke, zum Antrieb eines Sägewerkes oder zur Stromerzeugung für ein bestimmt umgrenztes Gebiet.

Ein Anhaltspunkt für den Umfang der Zweckbindung läßt sich aus der mit der Zweckbindung verfolgten Absicht des Gesetzgebers gewinnen. Die Einbeziehung des Zweckes in die Benutzungsberechtigung soll offenbar verhindern, daß die Benutzung in der Folgezeit für einen anderen als den ursprünglich vorgesehenen Zweck ausgeübt wird. Innerer Grund hierfür kann nur sein, daß dem Zweck der Benutzung bei Erteilung der Benutzungsberechtigung wesentliche Bedeutung zukommt. Die Erheblichkeit liegt darin, daß erst durch die Beziehung auf einen bestimmten Zweck das Benutzungsvorhaben Fleisch und Blut gewinnt. Erst daraus kann die Bedeutung der Benutzung für das Wohl der Allgemeinheit und insbesondere für die Volkswirtschaft erfaßt werden¹⁾. Erst wenn auch der Zweck des Turbinenantriebs feststeht, z.B. zur Stromerzeugung für eine bestimmte Region, kann der Wasserbedarf abgeschätzt werden und kann beurteilt werden, wie lange und wie oft gestaut werden muß.

Soweit nun dem Benutzungszweck bei der Erteilung der

1) Vgl. hierzu §§ 6 und 8 Abs. 3, Satz 2 WHG,
§ 15 I LWG, 17, Satz 1 LWG.

Benutzungsberechtigung Bedeutung zukommt, soweit muß auch die Bindung der Bewilligung und Erlaubnis an den Benutzungszweck reichen. Die Zweckbindung ist m.a.W. jeweils soweit zu erstrecken und soweit zu konkretisieren, als es den bei der Erteilung der Benutzungsberechtigung zu beachtenden Rücksichten entspricht.

Bei der Bestimmung des Umfanges der Zweckbindung bleibt jedoch grundsätzlich zu beachten, daß vor allem die Landwirtschaft und die Industrie infolge der wechselnden Bedürfnisse und Konjunkturen häufig ihre Produktion umstellen müssen. Eine sehr enge und stark konkretisierte Zweckbindung würde die erforderliche Umstellung erschweren und auch den Wert der meist mit großem Aufwand hergestellten Benutzungsanlagen herabmindern. Ein solcher Eingriff in den Wirtschaftsablauf kann aber vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise entspricht es vielmehr, die Zweckbindung so zu handhaben, daß sie den wechselnden Anforderungen, die das Wirtschaftsgeschehen an den Benutzer stellen kann, möglichst gerecht wird. Demzufolge muß die Verwaltung bestrebt sein, die Bindung nur auf nächste Zwecke zu beschränken, z.B. auf den Zweck des Antriebs einer Turbine. Sie muß weiter bemüht sein, den Zweck der Benutzung auch in möglichst allgemeiner Form auszusprechen, z.B. "zur Bewässerung landwirtschaftlicher Grundstücke" und nicht "zur Bewässerung bestimmter Grundstücke" oder "bestimmter landwirtschaftlicher Produkte". Die Zweckbindung ist nur dann weiter auszudehnen oder näher zu individualisieren, wenn gerade dieser Zweck für das Maß der Benutzung oder gar für die Erteilung der Benutzungszulassung wirklich besondere Bedeutung hat; sei es etwa, daß eine Benutzung zu bestimmten Zeiten, in denen ohnehin der Wasserverbrauch groß ist, nur wegen ihrer besonderen Zweck-

richtung (z.B. bei der Bewässerung besonderer landwirtschaftlicher Kulturen) zugesprochen werden kann, oder sei es, daß ein Benutzungsvorhaben nur wegen seiner besonderen Beziehungen zum WdA (§ 8 Abs. 3 Satz 2 WHG) oder wegen seiner größeren wirtschaftlichen Bedeutung gegenüber einem anderen Benutzungsunternehmen gestattet werden kann (vgl. §§ 16 Abs. 2 und 17 Satz 1 LWG). In einem solchen Falle ist der Benutzungszweck dergestalt zu bestimmen, daß daraus die besondere Stellung des Unternehmens zum WdA erkennbar wird, beispielsweise wäre nicht allein die Gewinnung elektrischer Kraft, sondern auch deren weiterer Zweck, nämlich die Stromversorgung der Bevölkerung eines bestimmten Gebietes, in die Zweckbestimmung einzubeziehen.

Soll der Zweck der Benutzung geändert werden, so ist zu unterscheiden: War mit Rücksicht auf das WdA die Wasserbenutzung für einen bestimmten Produktionszweig gewährt und soll nunmehr eine andere Produktion aufgenommen werden, so bedarf es einer neuen Zulassung, da die alte Berechtigung auf einen bestimmten Produktionszweig bindend festgelegt ist. Die Wasserbehörde kann in diesem Fall die alte Berechtigung nach § 12 Abs. 2 Nr. 3 WHG, § 15 Abs. 2 Nr. 2 LWG zurücknehmen. Ist dagegen eine Erlaubnis oder Bewilligung z.B. für ein Triebwerk erteilt worden und ist der spezielle Fabrikationszweig, dem das Triebwerk zunächst dienen soll, in dem Erlaubnis- oder Bewilligungsbescheid genannt (z.B. Mühlenbetrieb, Spinnerei), ohne daß dafür ein besonderer Anlaß gegeben war, so wird die Auslegung des Bescheides in der Regel ergeben, daß damit eine Bindung an die fortdauernde Pflege dieses bestimmten Produktionszweiges nicht gewollt ist. Der Unternehmer kann deshalb ohne neue Zulassung etwa auf einen Sägewerkbetrieb übergehen. Soll schließlich der Zweck der Benutzung insoweit geändert werden, als

die Berechtigung nicht an ihn gebunden ist, so ist dieser Wechsel ohne weiteres zulässig.

II. Unternehmensbezogenheit der Benutzungsberechtigungen

Die Erteilung der Bewilligung oder Erlaubnis hängt nicht von der Erfüllung bestimmter gesetzlicher Bedingungen bezüglich der Person des Antragstellers ab. Vielmehr unterliegt der Beurteilung durch die Behörde allein die geplante Benutzung und ihr Zweck¹⁾. Wird daher dem Antragsteller die Bewilligung oder Erlaubnis für eine bestimmte Gewässerbenutzung, welche einem bestimmten Zweck dient, gewährt, so geschieht das nicht in Betrachtung seiner Person, sondern nur im Hinblick auf die von ihm zu betreibende Benutzung für einen bestimmten Zweck.

Das Betreiben der Gewässerbenutzung zu einem bestimmten Zweck macht im allgemeinen den Begriff der Unternehmung im subjektiven Sinne aus²⁾. So verstanden sprechen denn auch das WHG von dem Unternehmer in den §§ 4 Abs. 2 Nr. 3, 8 Abs. 2 Nr. 1, § 10 Abs. 2 Satz 1, § 12 Abs. 2 WHG und das LWG entsprechend von dem Unternehmen in den §§ 17 Satz 2, 98 Satz 1, 111 Abs. 1 und Abs. 2³⁾. Kurz gesagt sind deshalb die Bewilligung und Erlaubnis unternehmensbezogen im dargelegten Sinne⁴⁾.

Ist die Benutzungsberechtigung also nicht auf die Person des Unternehmers, sondern auf das Unternehmen als solches abgestellt, so kann sie auch dann in

1) Vgl. etwa die §§ 6, 8 Abs. 2, 34 Abs. 1 WHG.

2) Jacobi, S. 3.

3) Vgl. hierzu Köhler, Betriebsbeauftragte, S. 32.

4) Im Ergebnis auch Burghartz, § 8, Anm. 12; Rehder, NWG. § 11, Anm. 26.

Kraft bleiben, wenn die Person des Unternehmers wechselt. Von Wichtigkeit ist allein, daß die Berechtigung immer mit dem Benutzungsunternehmen als solchem verbunden bleibt¹⁾. Die Situation läßt sich so erklären, daß die Bewilligung oder Erlaubnis dem Antragsteller quasi als dem Vertreter des Unternehmens erteilt ist und damit im voraus zugleich auch jedem anderen, der an dessen Stelle tritt.

Voraussetzung für ein Unternehmerwechsel ist, daß der bisherige Unternehmer seine Tätigkeit aufgibt und seinen Nachfolger in die Lage versetzt, das Unternehmen so wie seither unter eigener Verantwortung fortzusetzen. Ein solcher Wechsel in der Unternehmensführung wird vor allem im dem Falle angenommen werden müssen, daß jene Gegenstände, in denen das Unternehmen seinen Niederschlag findet, zu Eigentum übertragen worden sind. Zu diesen Gegenständen rechnet in erster Linie die Wasserbenutzungsanlage (z.B. Stauwerk, Pumpvorrichtung), ohne die eine Gewässerbenutzung praktisch nicht ausgeübt werden kann. In diesem Sinne bestimmen denn auch § 8 Abs. 6 WHG, § 15 I LWG, daß die Bewilligung und Erlaubnis mit der Wasserbenutzungsanlage auf den Rechtsnachfolger übergehen^{3) 4)}.

1) Vgl. hierzu Rimann, S. 554; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 242 f.

2) Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 246 f.; Fleiner, S. 153.

3) Vgl. hierzu auch Köhler, Betriebsbeauftragte, S. 39, Anm. 73.

4) Die Benutzungsanlage kann nach den Vorschriften des BGB wie eine bewegliche Sache übereignet werden - auch wenn sie mit einem Grundstück fest verbunden ist. Denn in entsprechender Anwendung des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB werden die in Vollzug der Benutzungsberechtigung etwa mit dem Flußbett fest verbundenen Benutzungsanlagen nicht wesentlicher Bestandteil des Gewässergrundstückes, vielmehr bleiben sie selbständige Objekte des Rechtsverkehrs. (Palandt, § 95, Anm. 3; Nipperdey, I, § 125, II, 3b, S. 802 f.; Riederer-Sieder, Art. 42, Anm. 15).

Für den Übergang der Benutzungsberechtigung muß jedoch nicht notwendig die Wasserbenutzungsanlage einem anderen auch zu Eigentum übertragen werden. Auch derjenige ist schon als Herr des Wasserbenutzungsunternehmens und damit als Unternehmer anzusehen, der die Wasserbenutzungsanlage lediglich gemietet hat und in deren Besitz ist. Insoweit bietet sich die Parallele zu § 25 GewO an. Diese Bestimmung bringt zum Ausdruck, daß jeder, der die gewerbliche Anlage als Unternehmer betreibt, zugleich auch Inhaber der gewerberechtlichen Genehmigung ist¹⁾. Hierzu ist schon immer die Auffassung vertreten worden, daß es für den Übergang der Genehmigung auf den "Erwerber" der Anlage ausreicht, wenn letztere lediglich vermietet oder verpachtet wird²⁾. Da es allein auf das Hineingestelltsein in die Unternehmerrolle ankommt, ist insoweit auch der Begriff "Rechtsnachfolger" in die Wasserbenutzungsanlage in § 8 Abs. 6 WHG entsprechend weit aufzufassen, einschließlich der Nachfolge in Eigentum wie in Besitz³⁾.

Wie dem § 8 Abs. 6, 2. Alt., WHG zu entnehmen ist, kann die Benutzungsberechtigung auch für ein Grundstück erteilt werden. Die Möglichkeit der Verbindung mit einem Grundstück ist § 46 Abs. 3 PrWG nachgebildet⁴⁾. Entsprechend diesem Vorbild hat der Bundesgesetzgeber offenbar die Verbindung der Berechtigung und des dazu gehörenden Unternehmens mit dem Eigen-

1) Schenkel, GewO, § 16, Anm. 6.

2) Schenkel, a.a.O.; Reger, § 25, Anm. 4.

3) Im Ergebnis auch Witzel, WHG, § 8, Anm. 9.

4) GW, § 8, Anm. 13; vgl. auch BT-Drucks. 2072, S. 24.

tum an einem Grundstück gemeint^{1) 2)}.

Eine solche Verbindung bedeutet, daß die Benutzungszulassung zur zusammen mit dem Eigentum am Grundstück auf einen anderen übergeht³⁾. In diesem Falle kann jedoch die Ausübung des Benutzungsrechts zusammen mit der Wasserbenutzungsanlage auch einem anderen im Wege eines Pachtvertrages überlassen werden (vgl. §§ 581 ff. BGB). Die Bewilligung oder Erlaubnis verbleibt dann dem Recht nach beim Verpächter und der Ausübung nach beim Pächter, m.a.W. der Pächter hat nur ein schuldrechtliches Gebrauchsrecht an der Bewilligung oder Erlaubnis. Die rechtliche Lage ist hier im Prinzip die gleiche wie bei der Verpachtung eines Warenzeichens⁴⁾.

Aus § 8 Abs. 6 WHG, § 15 I LWG, geht hervor, daß die Behörde bei Erteilung der Benutzungsberechtigung deren Übergang auf einen anderen auch ausschließen kann. Anlaß dazu würde etwa dann bestehen, wenn die Bewilligung oder Erlaubnis wegen der Konkurrenz

1) Rehder, NWG, § 11, Anm. 26.

2) In Anlehnung an das PrWG wird man diese Verbindung als Ausnahmeregelung ansehen müssen, die nur auf Antrag des Unternehmers ausgesprochen werden darf (GW, § 8, Anm. 18; Rehder, NWG, § 11, Anm. 26).

Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so ist das Recht aus der Benutzungsberechtigung Grundstücksbestandteil (§ 96 BGB) -(HKS, § 46, Anm. 16)-. Auf diese Weise wird die Berechtigung in den Haftungsverband des Grundstückes eingeschlossen und damit dessen Beleihungswert erhöht (§ 1120 BGB) -(HKS, a.a.O.)-.

3) Vgl. § 8, Abs. 6, 2. Alt., WHG, im Zusammenhang mit § 81, Abs. 2, Satz 1 PrWG.

4) Vgl. hierzu Baumbach-Hefermehl, Anh. zu § 8, Rn. 2.

mit anderen Anträgen nur deshalb zugesprochen werden konnte, weil es sich um den Gewässereigentümer handelte (vgl. § 17 Satz 1 LWG). In diesem Fall wird durch den Ausschluß des Übergangs verhindert, daß ein anderer in den Genuß der Benutzungsberechtigung kommt, dem sie an sich mangels eines Privilegs i.S.d. § 17 Satz 1 LWG nicht hätte erteilt werden dürfen.

D. Recht auf Wasserzufluß

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG geben Bewilligung und Erlaubnis kein Recht auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit. Das Gesetz schließt ein solches Recht schlechthin aus. Mit Erteilung der Benutzungsberechtigung wird deshalb weder ein privatrechtliches noch ein öffentliches Recht auf Wasserzufluß bestimmter Qualität oder Quantität verliehen¹⁾.

In welchem Umfang jedoch ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit verwehrt wird, ist umstritten. Nach SZ²⁾ hat § 2 Abs. 2 WHG den Grundsatz zum Inhalt, daß der Bewilligungs- oder Erlaubnisinhaber das Gewässer nur so nutzen könne, wie es sich von Natur her darbiete. Dementsprechend werde in § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG gesagt, daß die Behörde nicht verpflichtet sei, die natürlichen Änderungen der natürlichen Gegebenheiten, die den Wasserzufluß zum Nachteil des Benutzers verändern, etwa durch einen entsprechenden Gewässeraufbau oder durch besondere Unterhaltungsmaßnahmen auszugleichen.

Dagegen sei dem § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG nicht zu entnehmen, daß der Benutzer auch eine solche Verschlech-

1) Vgl. GW, § 2, Anm. 8.

2) SZ § 2 Rn. 10.

terung von Wassermenge und Wassergüte ohne weiteres hinzunehmen habe, die etwa auf eine anderweitige Benutzung oder einen staatlichen Gewässerausbau zurückzuführen sei. Die Folge sei, daß beispielsweise der Bewilligungsinhaber, der ein Recht i.S.d. § 8 Abs. 3 WHG oder des § 31 Abs. 2 WHG innehave, eine solche Verschlechterung des Zuflusses von Wasser nach Menge und Güte aufgrund der genannten Bestimmungen abwehren oder gegebenenfalls Entschädigung verlangen könne, wenn er dadurch in seiner bewilligten Gewässerbenutzung nach Art, Maß oder Zweck beeinträchtigt werde¹⁾.

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Es fehlt letztlich eine Begründung dafür, warum denn nun § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG den alleinigen Grundsatz enthalten soll, daß der Bewilligungs- oder Erlaubnisinhaber das Wasser nur so nutzen könne, wie es sich von Natur her darbiete und warum dementsprechend der Benutzungsberechtigte aufgrund des § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG gegenüber der Behörde lediglich gehalten sein soll, solche Veränderungen des Wasserzuflusses zu dulden, die auf natürliche Gegebenheiten zurückzuführen sind, nicht aber auf solche, die von einer künstlichen Veränderung am Oberlauf herrühren. Es ist auch nicht ersichtlich, worauf sich eine solche Einschränkung stützen ließe. Vom Gesetzeswortlaut her gesehen, läßt sich eine solche Unterscheidung jedenfalls nicht rechtfertigen. Ein gegen die Behörde gerichteter Anspruch auf Wasserzufluß bestimmter Menge und Güte, den § 2 Abs. 2 WHG zum Gegenstand hat, würde doch bedeuten, daß die Behörde verpflichtet wäre, alles in ihrer Macht stehende zu tun, um eine eventuelle Verschlechterung des Wasserzuflusses, sei es infolge eines Naturgeschehens oder sei es infolge einer anderweitigen Einwirkung

1) Vgl. dazu auch unten, S. 164.

auf das Gewässer, zu verhindern. Aus dieser Verpflichtung ergäbe sich auch von selbst die Pflicht der Behörde, von sich aus alles zu unterlassen, also auch einen eventuellen Gewässerausbau, was den Wasserzufluß nach Menge oder Güte beeinträchtigen könnte¹⁾. Schließt deshalb § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG einen solchen gegen die Behörde gerichteten Anspruch auf Wasserzufluß aus, so muß dieser Ausschluß auch im dargelegten umfassenden Sinne verstanden werden.

Aber auch vom historischen Hintergrund des § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG her gesehen, läßt sich eine einschränkende Auslegung nicht halten. Die in § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG getroffene Regelung geht offenbar zurück auf den schon früher von Lehre und Rechtsprechung vor allem zum PrWG entwickelten Satz, wonach kein Berechtigter einen Anspruch darauf hat, daß ihm das Wasser in bestimmter Reinheit und Menge zufließt.²⁾ Dieser Grundsatz ist nie in dem einschränkenden Sinne verstanden worden, daß der Benutzer lediglich eine natürliche Veränderung des Wasserzuflusses hinzunehmen habe. Vielmehr war damit stets die Vorstellung verbunden, daß der Berechtigte seine Benutzung auch auf den Zustand einzurichten habe, in dem sich der Wasserlauf nach Benutzung durch den Oberlieger befindet. Dementsprechend konnte auch z.Zt. des PrWG der Benutzungsberechtigte einen Widerspruch gegen die Verleihung eines anderweitigen Einleitungs- oder Ableitungsrechts nicht auf § 50 Abs. 1 PrWG - eine Bestimmung, die dem heutigen § 8 Abs. 3 WHG entspricht - stützen, mit der Begründung, daß sein Recht durch Verunreinigung oder Wasserentzug beeinträchtigt werde.

1) Sog. sekundäre Unterlassungspflicht als Kehrseite der Verpflichtung zum Tun - vgl. dazu Lehmann, § 4, I, S. 18.

2) Vgl. dazu HKS, § 40, Anm. 8. § 41 Vorb.C u. Anm. 7.

Es bleibt deshalb festzuhalten, daß auf Grund des § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG der Bewilligungs- und Erlaubnisinhaber grundsätzlich jede nachteilige Veränderung des Wasserzuflusses, ganz gleich welchen Ursprungs, hinnehmen muß, daß - mit anderen Worten - die öffentlich-rechtlichen Verwaltungsakte der Bewilligung und Erlaubnis keinen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit begründen¹⁾. Nur wenn durch Verschlechterung des Wasserzuflusses die bewilligte Gewässerbenutzung gänzlich unmöglich gemacht wird, oder auch wenn es der Landesgesetzgeber ausdrücklich bestimmt (vgl. dazu § 16 Abs. 1 Nr. 1 und 4 LWG) kann sich der Bewilligungsinhaber dagegen zur Wehr setzen²⁾.

Unberührt bleiben dagegen aus anderen Gründen - vor allem solchen des Nachbarrechts - bestehende Ansprüche auf Wasserzufluß vorbehaltlich des § 11 WHG³⁾. Das stellt das Gesetz in § 2 Abs. 2 Satz 2 WHG ausdrücklich klar.

3. Rechtsstellung des Inhabers einer Wassernutzungs- berechtigung im Verhältnis zu Dritten

I. Ausschluß von Ansprüchen Dritter

1. Ausschluß der Ansprüche gegenüber dem Inhaber einer Bewilligung

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 WHG können die von einer bewilligten Benutzung Betroffenen wegen nachteiliger Wirkungen der Benutzung gegen den Inhaber der Bewilligung grundsätzlich keine zivilrechtlichen

1) Im Ergebnis wie hier die wohl h.M. - Vgl. etwa GW, § 2, Anm. 8, § 8, Anm. 10 a" Rehder, NWG, § 11, Anm. 9; Burghartz, § 8, Anm. 4; Witzel, § 2, Anm. 4.

2) Vgl. dazu unten, S.

3) Vgl. dazu auch unten S. 169 f.

Ansprüche mehr geltend machen. Der Kreis der Betroffenen wird durch die §§ 8 Abs. 3 WHG und 16 LWG i.V.m. § 8 Abs. 4 WHG abgegrenzt (vgl. dazu Klammerhinweis in § 11 Abs. 1 Satz 1). Danach ist Betroffener, wer durch die Benutzung eine Beeinträchtigung im Sinne der genannten Bestimmungen zu erwarten hat. "Betroffener" ist ein Begriff des materiellen Rechts und unterscheidet sich von dem weitergehenden verfahrensrechtlichen Begriff des "Beteiligten". Am Bewilligungsverfahren beteiligt ist der Betroffene oder auch der nur möglicherweise Betroffene erst dann, wenn er Einwendungen erhoben hat¹⁾. Auf die Beteiligten-Eigenschaft kommt es aber für die Anwendung der §§ 11 Abs. 1 Satz 1 WHG nicht an. Der Ausschluß des § 11 WHG erstreckt sich deshalb nicht nur auf die Ansprüche solcher Personen, die sich als Betroffene i.S.d. §§ 8 Abs. 3 WHG und 16 LWG zur Wahrung ihrer Rechte und Interessen auch am Bewilligungsverfahren beteiligt haben. Die Vorschrift des § 11 WHG ist allein aus dem Gedanken heraus gerechtfertigt, daß dem Betroffenen ja zuvor im Bewilligungsverfahren die Möglichkeit eröffnet war, sich gegen Beeinträchtigungen seiner Belange zur Wehr zu setzen²⁾.

Durch die Bestimmungen des § 11 WHG sind vor allem die negatorischen Ansprüche der Betroffenen, wie Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche, ausgeschlossen, jedoch werden keine Duldungspflichten begründet. Das hat zur Folge, daß die Betroffenen nach wie vor befugt bleiben, durch entsprechende Vorkehrungen die von der Benutzung ausgehenden Immissionen tatsächlich abzuwehren³⁾.

1) Vgl. §§ 109, Abs. 1, Nr. 1 und 2, Abs. 2, 111, Abs. 1 Satz 2; 112, Abs. 1 LWG.

2) Vgl. dazu § 8, Abs. 3, Satz 1 und Satz 2, WHG; § 16, Abs. 2 LWG.

3) Vgl. hierzu Lehmann, Unterlassungspflicht, S. 27; MSH § 16, VI, S. 306.

§ 11 WHG bezieht sich nur auf die "nachteiligen Wirkungen" der Benutzung, also auf die Folgeerscheinungen einer einmal begonnenen Benutzung. Um eine nachteilige Wirkung i.S.d. § 11 WHG handelt es sich aber dann nicht, wenn etwa das Gewässergrundstück als Vorbedingung der Benutzungsausübung in Gebrauch genommen werden soll, beispielsweise um eine Benutzungsanlage zu installieren. In Fällen dieser Art kommt deshalb § 11 WHG von vornherein ~~gar~~nicht zur Anwendung¹⁾.

Vertragliche Abwehransprüche werden durch die Bewilligung nicht ausgeschlossen (§ 11 Abs. 2 WHG). Der Abs. 2 gilt schon seinem Wortlaut nach nicht nur für die Ansprüche aus Verträgen, die nach Erteilung der Bewilligung geschlossen worden sind, sondern er findet auch Anwendung auf die vor der Bewilligung entstandenen vertraglichen Ansprüche.²⁾ § 11 Abs. 2 WHG gilt zunächst für Ansprüche aller Art aus dem Vertragsrecht des Privatrechts, vor allem für Ansprüche auf Erfüllung und aus Vertragsverletzung. Darüber hinaus besteht auch kein Grund, Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen auszuschließen, da § 11 Abs. 2 von vertraglichen Ansprüchen schlechthin spricht³⁾.

Eine ähnliche Bestimmung wie § 11 WHG enthält § 26 GewO. § 11 WHG geht jedoch weiter. § 26 GewO schließt nur Klagen auf Einstellung des Betriebes aus, während § 11 WHG, vorbehaltlich Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2, auch solche auf Herstellung von Schutzeinrichtungen oder Schadensersatz verwehrt.

1) Vgl. dazu Burghartz, § 8, Anm. 2; Abt, Duldungspflicht, S. 1301.

2) Vgl. auch BT-Drucks. 2072, S. 40.

3) Vgl. SZ, § 11, Rn. 8

2. Ausschluß der Ansprüche gegenüber dem Inhaber einer Erlaubnis

Im Gegensatz zur Bewilligung sind gegenüber dem Inhaber einer Erlaubnis die Ansprüche Dritter nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden. Zwar hat die Mehrzahl der Länder vorgeschrieben, daß auch bei der Erteilung der Erlaubnis in einem förmlichen Verfahren die Vereinbarkeit der beabsichtigten Nutzung mit den bereits bestehenden Rechten und sonstigen tatsächlichen Interessen überprüft und eine etwaige Kollision durch Auflagen oder Entschädigung ausgeglichen oder auch durch eine Versagung der Erlaubnis verhindert werden muß¹⁾. Jedoch fehlt i.d.R. eine entsprechende Verweisung auch auf § 11 Abs. 1 WHG, der nach Bewilligungserteilung alle gesetzlichen Ansprüche Dritter wegen nachteiliger Wirkungen der bewilligten Nutzung ausschließt (vgl. § 15 Abs. 1 LWG)²⁾. Daraus wird geschlossen, daß die Betroffenen auch nach Erlaubniserteilung gegen Beeinträchtigungen durch die erlaubte Benutzung auf zivilrechtlichem Wege vorgehen können³⁾.

Diese Annahme führt jedoch zu unhaltbaren Konsequenzen. Unterstellt man einmal ihre Richtigkeit, so kann derjenige, der Einwendungen erhoben hat, zunächst die Erteilung der Erlaubnis mit der Verwaltungsklage anfechten. Wer zu Einwendungen ent-

1) Vgl. § 15 Abs. 1 LWG und die hierin ausgesprochene Anwendung der §§ 8 Abs. 3 WHG und 16 LWG; vgl. auch § 109, Abs. 1, Nr. 2 LWG; vgl. ferner § 16 WGBW, Art. 16, Abs. 1 BayWG, § 16 Abs. 1 BWG, § 13 Abs. 1 SWG, § 11 Abs. 1 WGSchH. Keine entsprechenden Bestimmungen enthalten die Wassergesetze von Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen.

2) Anders § 16, I, BWG, § 16, III, BayWG.

3) GW, § 7, Anm. 3; Hartmann-Kraft, § 15, Anm. 2 b.

sprechend § 8 Abs. 2 WHG und § 16 LWG berechtigt ist, für den muß man konsequenterweise auch ein materielles Recht darauf anerkennen, daß die in den §§ 8 Abs. 3 und 16 Abs. 1 enthaltenen Bestimmungen eingehalten werden¹⁾. Der Betroffene hat also nicht nur eine rechtlich geschützte Position formeller Art, d.h. ein Recht auf Beteiligung am Erlaubnisverfahren, sondern auch eine solche materieller Art, ein Recht auf sachlich richtige Anwendung der genannten Vorschriften. Gestützt auf seine materielle Rechtsposition wäre er zur Klage vor dem Verwaltungsgericht befugt (§ 42 Abs. 2 VwGO) mit dem Ziel, daß der materiell fehlerhafte Verwaltungsakt aufgehoben werde. Für die Klage vor dem Verwaltungsgericht fehlt auch nicht etwa das Rechtsschutzbedürfnis, weil der Kläger gegen den Erlaubnisinhaber mangels Anwendung des § 11 WHG auch bei den ordentlichen Gerichten vorgehen kann. Denn das Begehren des Klägers ist de iure jeweils ein anderes. Die Verwaltungsklage richtet sich nicht direkt gegen die nachteiligen Wirkungen der Benutzung, sondern gegen die hoheitliche Gestattung der Benutzung, also gegen den Verwaltungsakt. Die Aufhebung dieses Verwaltungsaktes könnte der Kläger vor dem ordentlichen Gericht mit einer Klage etwa aus § 1004 BGB gar nicht erreichen. Mit einer solchen Klage kann er lediglich den drohenden oder schon eingetretenen nachteiligen Folgen aus dem Verwaltungsakt begegnen²⁾.

Ist das Verwaltungsstreitverfahren erfolglos durchgeführt, so kann der Betroffene nunmehr noch Un-

1) Vgl. hierzu Eyermann-Fröhler, § 42, Rn. 98; Menger, S. 268; Maunz-Dürig, Art. 19, Abs. 4, Rn. 34 d.

2) Vgl. hierzu auch Menger, S. 264 f.

terlassungs- und Beseitigungsansprüche vor dem Zivilgericht verfolgen, die ja mit Erteilung der Erlaubnis nicht ausgeschlossen sind (vgl. § 11 WHG). Vergegenwärtigt man sich diese Konsequenz, so ist schwer einzusehen, warum das Gesetz noch nach Durchführung eines förmlichen Verfahrens zwei Rechtswege mit insgesamt 6 Instanzen nach- oder nebeneinander für das im Grunde gleiche private Abwehrinteresse eingeräumt haben soll; zumal doch der Sinn eines förmlichen Verfahrens gerade auch darin liegt, dem Inhaber der Erlaubnis für die Zukunft eine hinreichend gesicherte Rechtsstellung zu bieten, ihm also eine Gewähr dafür zu verschaffen, daß er die Befugnisse auch möglichst unbehelligt ausüben kann.

Unerklärlich bleibt auch, wie sich die Beibehaltung der privaten Abwehrrechte mit der Bezugnahme auf die Entschädigungsregelung durch §§ 15 Abs. 1 LWG i.V.m.

§ 8 Abs. 3 Satz 2 WHG vereinbaren lassen soll. Eine Entschädigung kann doch nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Betroffene gezwungen ist, die Beeinträchtigung seiner Rechte hinzunehmen. Das aber ist nicht der Fall, solange der Betroffene gegen jede nur drohende Beeinträchtigung mit einer Unterlassungsklage¹⁾ sich zur Wehr setzen kann. Macht er davon keinen Gebrauch, hat er sich einen eventuellen Schaden selbst zuzuschreiben.

Um diese Ungereimtheiten zu vermeiden, bietet sich folgende allein sinnvolle und praktikable Auslegung an: Wenn das LWG die Anwendung des § 8 Abs. 3 WHG auf die Erteilung einer Erlaubnis vorsieht, ist zugleich auch, zumindest konkludent, § 11 WHG miteinbezogen. Im Ergebnis steht damit die Erlaubnis in ihrer anspruchszerstörenden Drittwirkung

1) Auch eine vorbeugende Unterlassungsklage nach § 1004 BGB.

der Bewilligung gleich, ohne Rücksicht darauf, ob der § 11 WHG wie in § 16 BWG und zum Teil auch in Art. 16 Abs. 3 BayWG ausdrücklich für anwendbar erklärt oder nur dem Sinne nach über den § 8 Abs. 3 WHG mitbezogen ist¹⁾.

Gegen diese Lösung ließe sich geltend machen, daß dadurch die Erlaubnis im Verhältnis zur Bewilligung in unzulässiger Weise aufgewertet würde. Die "gesicherte Rechtsstellung", die § 11 WHG gegenüber den Betroffenen gewähre, solle doch allein mit der Bewilligung im Unterschied zur Erlaubnis verbunden sein und sei sogar die Voraussetzung für deren Erteilung (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 WHG)²⁾.

Dieses Argument spricht jedoch nicht unbedingt für ein Drittwirkungsmonopol der Bewilligung. Ein wesentlicher Unterschied der beiden Rechtsinstitute liegt immer noch darin, daß die Bewilligung nur unter erschwerten Voraussetzungen³⁾ und i.d.R. gegen Entschädigung zurückgenommen, während die Erlaubnis unter weniger strengen Voraussetzungen und ohne Entschädigung widerrufen werden kann (vgl. § 15 Abs. 2 LWG). Lediglich in dieser Bestandsgarantie ist das Essentielle der Bewilligung zu sehen. Allein dieser Abstand zur Erlaubnis ist auch weit genug, um bei der Bewilligung noch von einer "gesicherten Rechtsstellung" im Unterschied zur Erlaubnis sprechen zu können.

Ein weiteres Bedenken kann sich daraus herleiten, daß über die Anwendung des § 11 WHG auch § 22 WHG mit ausgeschlossen wird - jene Bestimmung, die nicht aufgrund des Art. 75 Nr. 4 GG (Wasserhaus-

1) Vgl. zu Vorstehendem Salzwedel, Rechtsweg, S. 72 ff.

2) GW, § 7, Anm. 3.

3) Vgl. § 12 Abs. 1 WHG, "erhebliche Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit".

halt), sondern des Art. 74 Nr. 1 GG erlassen worden ist und deshalb eine nicht ausfüllungs- und ergänzungsfähige Vorschrift des Bundesrechts darstellt¹⁾. Über diesen Einwand ist mit folgender Überlegung hinwegzukommen: Daraus, daß § 22 Abs. 3 WHG durch die Verweisung auf § 11 WHG nur die bewilligte Benutzung von der Schadensersatzpflicht befreit, kann nicht geschlossen werden, daß jede sonst erlaubte Benutzung zum Schadensersatz verpflichtet. Vielmehr geht aus der Fassung des § 22 Abs. 3 WHG hervor, daß der Gesetzgeber keine abschließende Regelung trifft, wohl aber einen Grundgedanken zum Ausdruck bringt, dahingehend, daß jeder zivilrechtliche Schadensersatzanspruch gegenüber solchen Benutzungen ausgeschlossen sein soll, bei denen die Schadensregelung zuvor in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren erfolgt ist²⁾. Entsprechend diesem Grundgedanken muß es auch für zulässig erachtet werden, die Ansprüche aus § 22 WHG gegenüber einer erlaubten Benutzung auszuschließen, wenn zum Ausgleich dafür im Wege des öffentlich-rechtlichen Verfahrens eine Schadensregulierung vorgesehen ist.

II. Duldungspflicht des Gewässereigentümers

1. Duldungspflicht des Eigentümers oberirdischer Gewässer

a. Ausgangspunkt

Die oberirdischen Gewässer sind eigentumsfähig.
Nach § 3 Abs. 1 LWG sind die Gewässer 1. Ordnung

1) Vgl. dazu Gieseke, Haftung, S. 13; GW, § 7, Anm. 3.

2) Vgl. dazu § 15, Abs. 1 LWG, § 8 Abs. 3 Satz 2 WHG, § 16, Abs. 2 LWG i.V.m. § 8, Abs. 3, Satz 2 WHG; vgl. auch Burghartz, § 22, Anm. 1.

mit Ausnahme der Bundeswasserstraßen (vgl. hierzu § 2 Abs. 1 Nr. 1 LWG) Eigentum des Landes. Die Gewässer 2. und 3. Ordnung (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 und 3 LWG) gehören den Eigentümern der Ufergrundstücke¹⁾.

Übt der Benutzungsberechtigte die ihm gestattete Gewässerbenutzung aus, so greift er zwangsläufig in dieses Privateigentum ein, einerlei, ob man, wie das HWG (§ 4) und das WGBW (§ 4 Abs. 1 Satz 2) nur ein Eigentum am Gewässerbett anerkennen will oder ob Bett und Wasser als rechtliche Einheit Gegenstand des Eigentums sind. Denn auch der Machtbereich des Flußbetteigentümers erstreckt sich auf den Raum über der Bettoberfläche, in den der Bewilligungs- oder Erlaubnisinhaber zur Benutzung des Gewässers notwendigerweise eindringen muß.

Wird das private Gewässereigentum von der Benutzung berührt, so ist damit das für öffentliche Sachen kennzeichnende Nebeneinander von privat- und öffentlich-rechtlicher Spä³re gegeben. Diese Zweispurigkeit wird vermieden, wenn man ein sog. öffentliches Eigentum an oberirdischen Gewässern annimmt, wie es heute bei Bundeswasserstraßen in der Diskussion steht²⁾. Der Begriff des öffentlichen Eigentums geht zurück auf Otto Mayer³⁾. Die von ihm entwickelte Lehre will dort, wo dem Staat oder einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft das Eigentum an öffentlichen Sachen zusteht, die Trennung zwischen fiskalischer Eigentumsherrschaft und hoheitlicher Gewalt aufgeben und beide Gewalten zu einem öffentlichen Eigentum verschmelzen, das ausschließlich dem öffentlichen Recht untersteht. Das Privateigentum wird danach nicht nur zurück-

1) Zu den Eigentumsgrenzen vgl. § 4 LWG.

2) Maunz-Dürig, Art. 89, Rn. 17 ff., und die dortigen Zitate.

3) Verwaltungsrecht II, S. 39 ff.

gedrängt zugunsten eines öffentlichen Zweckes, vielmehr ist es überhaupt nicht mehr vorhanden.

Gegen die Annahme eines öffentlichen Eigentums spricht jedoch entscheidend, daß dieser Begriff im deutschen Recht nicht heimisch geworden ist und es daher zu seiner Statuierung einer ausdrücklichen Anordnung des Grundgesetzes bedurft hätte¹⁾. Auch die Bundeswasserstraßen sind daher Gegenstand privaten Eigentums. Eigentümer ist gemäß Art. 89 Abs. 1 GG der Bund²⁾.

S Von einem öffentlichen Eigentum spricht dagegen das WGBW (§ 4 Abs. 1 Satz 1). Damit ist jedoch nicht die Konstruktion eines öffentlichen Eigentums im Sinne Otto Mayers übernommen. So wird in § 4 Abs. 1 Satz 2 WGBW auch ein Privateigentum des Landes oder einer Gemeinde an künstlich überfluteten Flächen und am Bett eines natürlichen, stehenden Gewässers anerkannt. Überdies werden für das öffentliche Eigentum in § 5 WGBW die Vorschriften des bürgerlichen Rechts insoweit für anwendbar erklärt, als nicht die aus der Zweckbestimmung der öffentlichen Gewässer und die aus dem Wasserrecht folgenden Beschränkungen entgegenstehen. Der Ausdruck "öffentliches Eigentum"

1) Maunz-Dürig, Art. 89, Rn. 19

2) In Art. 89 Abs. 1 GG ist nicht etwa nur die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft des Bundes angesprochen. Die öffentlich-rechtliche Herrschaft über eine öffentliche Sache ist im deutschen Recht noch nie mit dem bloßen Ausdruck "Eigentum" bezeichnet worden. Für die Annahme einer rein privatrechtlichen Vorschrift spricht auch der Zusammenhang mit Art. 97 Abs. 1 WRV. Zur damaligen Zeit wurde das Wort "Eigentum" überwiegend als Begriff des bürgerlich-rechtlichen Vermögensrechts verstanden. Wenn das GG davon hätte abweichen wollen, so hätte es sicher auf die Verwendung des bloßen Eigentumsbegriffes verzichtet (Maunz-Dürig, Art. 89, Rn. 20).

meint also lediglich die Unterworfenheit der Gewässer unter eine weit gesteckte öffentliche Zweckbindung¹⁾. Dann aber ist der Begriff des öffentlichen Eigentums überflüssig, wenn man die genannten Beschränkungen, die auch die übrigen Gesetze kennen (vgl. etwa § 12 LWG), als Eigentumsbindungen ansieht²⁾.

Treffen also bei oberirdischen Gewässern öffentlich-rechtliche und privat-rechtliche Sphären zusammen, so stellt sich sogleich die Frage nach der Abgrenzung beider Sphären zueinander, danach, ob und inwieweit die Rechte aus Privateigentum gegenüber einer bewilligten oder erlaubten Benutzungsausübung zurücktreten müssen.

Das Gewässereigentum wird im Verhältnis zu einer Benutzungsausübung aufgrund einer Bewilligung oder Erlaubnis unter zwei Aspekten aktuell. Einmal geht es darum, wie weit sich der Gewässereigentümer gegenüber Beeinträchtigungen, die von einem schon begonnenen Benutzungsunternehmen ausgehen, zur Wehr setzen kann. Dieser Komplex wird durch § 11 (§ 8 Abs. 3 und Abs. 4) WHG geregelt³⁾. Zum anderen stellt sich die Frage, ob der Gewässereigentümer verpflichtet ist, die Ingebrauchnahme seines Grundstückes als Vorbedingung der Benutzungsausübung zu dulden. Hier greift § 11 WHG nicht ein. Auch auf § 14 LWG kann sich der Bewilligungsinhaber in diesem Zusammenhang nicht stützen. § 14 LWG macht die Bewilligung nicht zu einem dinglichen Recht, das gegenüber dem Eigentum am Gewässergrundstück eine Belastung nach Art einer Dienstbarkeit darstellt, sondern gewährt lediglich privatrechtliche

1) Wolff, S. 325; 68. Koll., Ref. Gieseke, S. 1 f.

2) Salzwedel, Gedanken, S. 244; 68. Koll., Ref. Gieseke, S. 1 f.

3) Vgl. oben, S. 68, 69 ff.

Abwehransprüche¹⁾. In Folgendem soll deshalb der Frage nachgegangen werden, ob und wo dennoch eine solche den Gewässereigentümer treffende Duldungspflicht statuiert worden ist.

b. Duldungspflicht als Beschränkung des Eigentums

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 WHG gewährt die Bewilligung das Recht, ein Gewässer in einer nach Art und Maß bestimmten Weise zu benutzen. Nach vielfach vertretener Ansicht²⁾ richtet sich dieses Recht auch gegen den Gewässereigentümer, dessen Grundstück daraufhin von dem Bewilligungsinhaber zum Zwecke der Benutzungsausübung in Anspruch genommen werden könne. Dem scheine zwar § 8 Abs. 1 Satz 2 WHG entgegenzustehen, wonach die Bewilligung nicht das Recht gibt, fremde Grundstücke in Gebrauch zu nehmen. Da jedoch § 8 Abs. 1 Satz 1 uneingeschränkt ein Recht zur Wasserbenutzung gewähre, könne sich Satz 2 nicht auf fremde Gewässergrundstücke beziehen. Damit seien offenbar andere, außerhalb des Gewässers liegende Grundstücke, beispielsweise Ufergrundstücke, gemeint. Die Folge dieser Auffassung wäre, daß sich die Pflicht des Gewässereigentümers, die Inanspruchnahme seines Grundstückes zum Zwecke der Benutzungsausübung zu dulden, als Folge der bundesrechtlichen Ausgestaltung der Bewilligung darstellen würde.

Die Bestimmung des Landesgesetzgebers über die unentgeltliche Duldungspflicht des Gewässereigentümers (§ 12 Satz 1 LWG) hätte dementsprechend nur insoweit konstitutive Bedeutung, als darin die Unentgeltlichkeit der Duldung festgelegt ist. Eine Duldungspflicht des Gewässereigentümers ergäbe sich ohnehin aus § 8 Abs. 1 Satz 1 WHG.

Die beiden Sätze des § 8 Abs. 1 WHG müssen jedoch in einem anderen Verhältnis zueinander gesehen werden.

1) Vgl. dazu unten, S. 102 f.

2) GW, § 24, Anm. 2; Rehder, NWG, § 11, Anm. 5; Sievers, WHG, S. 276; ders., Wasserrecht, S. 609 und Nutzung, S. 86; Köhler, Kommentare, S. 205; v. Tegelen, S. 417.

den. Der erste Satz in § 8 Abs. 1 WHG hat eine rein öffentlich-rechtliche Bedeutung. Hier ist gesagt, daß die Gewässerbenutzung für den Bewilligungsinhaber mit öffentlich-rechtlicher Wirkung - also dem Staat gegenüber - gestattet ist. Dagegen stellt § 8 Abs. 1 Satz 2 WHG klar, daß der Bewilligungsinhaber auf privatrechtlicher Ebene keine Eingriffsrechte hat.

Für diese Annahme spricht schon der Wortlaut des Gesetzes. In § 8 Abs. 1 Satz 2 WHG ist von fremden Grundstücken schlechthin die Rede. Eine Beschränkung auf bestimmte Arten von Grundstücken, etwa auf außerhalb des Gewässers liegende Grundstücke, wird darin nicht erkennbar. Allein diese Auffassung paßt sich auch in die wasserrechtliche Tradition ein. Die alten Benutzungsberechtigungen haben nie die Befugnis einbegriffen, auf außerhalb des Gewässers liegende Grundstücke, wie etwa Ufergrundstücke, einzuwirken¹⁾. Wollte der Gesetzgeber daher in § 8 Abs. 1 Satz 2 WHG allein zum Ausdruck bringen, daß die Bewilligung nicht das Recht gewähre, in Grundstücke außerhalb des Gewässers einzugreifen, so hätte dazu eigentlich gar kein Anlaß bestanden.

Die Bestimmung des § 8 Abs. 1 Satz 2 behält jedoch ihren guten Sinn in Anbetracht dessen, daß frühere Benutzungsberechtigungen - wie etwa die Verleihung des PrWG - auch das Recht gaben, über das fremde Gewässergrundstück insoweit zu verfügen, als es zur Ausübung des verliehenen Rechts erforderlich war²⁾. Allein von dieser Warte her gesehen erfüllt die Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 2 einen sinnvollen Zweck, nämlich das nach früherer Auffassung mit der Benutzungsberechtigung solchermaßen begründete Privatrecht auszuschließen.

Schließlich entspricht das so verstandene Verhältnis von § 8 Abs. 1 Satz 1 zu Satz 2 WHG am ehesten der

1) Vgl. etwa HKS, § 46, Anm. 1.

2) HKS, § 46, Anm. 5; vgl. auch § 81 Abs. 1 PrWG und dazu HKS, § 81, Anm. 1.

gesetzgeberischen Konzeption. Der Bundesgesetzgeber wollte den Wasserhaushalt auf öffentlich-rechtlicher Grundlage regeln. Der Vorzug einer rein öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung bestand für den Gesetzgeber u.a. darin, daß er auf diese Weise eigentumsrechtliche Fragen, soweit sie für die Ordnung des Wasserhaushalts keine Rolle spielen, nicht zu regeln brauchte¹⁾. Wollte man nun annehmen, daß die Bewilligung gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 auch ein Recht gegenüber dem Gewässereigentümer gewähre, so wäre damit entgegen der Grundhaltung des Gesetzgebers eine privatrechtliche Regelung getroffen, die für die Ordnung des Wasserhaushaltes ohne Belang ist. Denn in welcher Weise mit dem Wasser hausgehalten werden kann und soll, läßt sich unabhängig davon regeln, welchen Inhalt eine Benutzungsberechtigung gegenüber dem Gewässereigentum hat. Dem Willen des Gesetzgebers wird man deshalb eher gerecht, wenn man in § 8 Abs. 1 Satz 1 WHG nur eine öffentlich-rechtliche Wirkung hineinlegt und in § 8 Abs. 1 Satz 2 eine dementsprechende Klarstellung sieht.

Auch der Landesgesetzgeber, dem es oblag, die vom Bundesgesetzgeber nicht berührten Eigentumsverhältnisse anzugehen, hat sich die hier vertretene Auffassung zu eigen gemacht²⁾. Das LWG sagt in § 12 Satz 1 nicht etwa, daß der Gewässereigentümer für die Benutzung kein Entgelt verlangen kann - eine Formulierung, die der Auffassung entsprochen hätte, nach der die Bewilligung auch das Recht gewährt, fremde Gewässergrundstücke in Anspruch zu nehmen, - sondern das Gesetz spricht aus, daß der Gewässereigentümer die Gewässerbenutzung unentgeltlich zu dulden hat, soweit eine Bewilligung erteilt ist. Von einer Duldungspflicht kann jedoch begrifflich nur dort gesprochen werden, wo jemand verpflichtet ist, einen Widerstand nicht auszuüben, zu dem er an sich berechtigt ist. Eine Handlung, die man von vorneherein

1) Gieseke, WHG, S. 709 f.; BT-Drucks. 2072, S. 20; BT-Drucks. 3536, S. 4.

2) Vgl. dazu auch LT-Drucks. 49, S. 234.

nicht verhindern darf, kann man nicht dulden¹⁾. Dementsprechend setzt auch der Gesetzgeber voraus, daß der Gewässereigentümer nicht schon auf Grund eines mit der Bewilligung gewährten Rechts zur Duldung der Ingebrauchnahme seines Grundstückes verpflichtet ist.

Im Ergebnis handelt es sich also bei der Duldungspflicht nicht um die Folge einer bundesgesetzlichen Ausgestaltung der Bewilligung, sondern um die landesgesetzliche Einschränkung des Eigentums an Gewässern. Der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung entspricht als Kehrseite zwar auch ein Recht des Benutzers zur Ingebrauchnahme des Gewässergrundstücks nach Art einer Grunddienstbarkeit, dieses Recht ist jedoch - wie dargelegt - nicht Inhalt der Bewilligung, sondern steht konstruktiv gesehen neben der Bewilligung.

Die gleichen Ausführungen gelten für die Erlaubnis entsprechend. Wenn schon die rechtlich stärkere Bewilligung kein Recht beinhaltet, fremde Gewässer in Gebrauch zu nehmen, so gilt das erst recht für die schwächere Erlaubnis. In § 12 Satz 1 LWG wird jedoch auch zu Gunsten des Erlaubnisinhabers dem Gewässereigentümer eine Duldungspflicht als Eigentumsbeschränkung auferlegt.

c. Inhalt der Duldungspflicht

Nach § 12 Satz 1 LWG hat der Gewässereigentümer die Wasserbenutzung "als solche" zu dulden. Aus dieser Fassung darf nicht geschlossen werden, daß sich die Duldungspflicht allein auf die Vornahme der schlichten Benutzungshandlung beschränkt. Die Pflicht des Eigentümers geht vielmehr auch dahin, die zur Benutzung notwendigen Anlagen, wie Gewässerrohre, Pumpeinrichtungen oder Stauanlagen, in Gewässern zu dulden. Mit Genehmigung einer der in § 3 WHG aufgeführten Benutzungshandlungen sind zugleich die zur Durchführung der Benutzung erforderlichen Benutzungsanlagen sanktioniert²⁾, so daß

1) Vgl. v. Tuhr, § 4, S. 105.

2) Vgl. oben, S. 15 f.

die Pflicht des Eigentümers, eine Gewässerbenutzung im Sinne des WHG zu dulden, konsequenterweise auch die Duldung der zum Benutzungsbetrieb notwendigen Einrichtungen umfaßt. Eine andere Auslegung würde auch die Duldungspflicht praktisch illusorisch machen, da die Gewässerbenutzung ohne eine entsprechende Anlage in aller Regel nicht durchführbar ist, und deshalb kaum dem Willen des Gesetzgebers entsprechen¹⁾.

Was dagegen mit den Worten "als solche" zum Ausdruck gebracht sein soll, ist zunächst der Umstand, daß der Gewässereigentümer nur die Gewässerbenutzung und nicht mehr zu dulden hat, also nicht auch die Inanspruchnahme der etwa auch in seinem Eigentum stehenden Ufergrundstücke²⁾.

Darüber hinaus ist damit aber auch gesagt, daß der Gewässereigentümer aufgrund des § 12 Satz 1 LWG nicht noch die nachteiligen Wirkungen der Benutzung auf das Gewässereigentum - etwa die Beeinträchtigung der bisher ausgeübten Eigentümernutzung³⁾ - zu dulden hat, sondern eben nur die Ingebrauchnahme des Gewässergrundstückes als Vorbedingung der Benutzungsausübung⁴⁾. Wollte man annehmen, daß der Eigentümer aufgrund des § 12 Satz 1 LWG auch die nachteiligen Wirkungen der Nutzung zu dulden hätte, so wäre der Landesgesetzgeber über § 11 Abs. 1 Satz WHG hinausgegangen und hätte es dem Eigentümer, der insoweit zu den Betroffenen i.S.d. § 11 WHG zählt⁵⁾, verwehrt,

1) Vgl. Gieseke, Rechtseinheit, S. 17.

2) LT-Drucks. 49, S. 242f.; Burghartz, WGNRW, § 12, Anm. 4.

3) Vgl. unten, S. 167 ff.

4) Vgl. Burghartz, WGNRW, § 12, Anm. 4; Abt, Duldungspflicht, S. 1301.

5) Vgl. oben, S. 67 f.

tatsächliche Abwehrmaßnahmen zu treffen. Das Gesetz gibt jedoch nirgends zu erkennen, daß mit der Regelung in § 12 Satz 1 LWG auch die bundesrechtliche Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 WHG erweitert werden sollte. Da überdies jeder sachliche Grund fehlt, aus der Zahl der Betroffenen gerade den Eigentümer von tatsächlichen Abwehrmaßnahmen auszuschließen, so liegt auch deshalb die Annahme fern, daß der Gesetzgeber eine solche weitgehende Duldungspflicht gewollt hat.

Ist der Gewässereigentümer aufgrund des § 12 Satz 1 LWG also nicht gebunden, auch die nachteiligen Wirkungen der Benutzung zu dulden, so kann er, wie jeder andere Betroffene, hiergegen Einwendungen im Bewilligungs- und Erlaubnisverfahren erheben (§§ 8 Abs. 3 WHG, 15 Abs. 1, 16 LWG) und wird mit seinen diesbezüglichen Abwehrrechten erst durch § 11 Abs. 1 Satz 1 WHG ausgeschlossen.

d. Unentgeltlichkeit der Duldungspflicht

Gemäß § 12 Satz 1 LWG hat der Gewässereigentümer die Gewässerbenutzung unentgeltlich zu dulden. Entgeltlich oder unentgeltlich kann immer nur eine Leistung sein. Die Leistung des Gewässereigentümers besteht hier darin, daß er die erlaubte oder bewilligte Benutzung duldet, d.h. mit anderen Worten, daß er sein Gewässereigentum zur Verfügung stellt für die Ingebrauchnahme zum Zwecke der Benutzungsausübung¹⁾.

Das verbotene Entgelt ist privatrechtlicher Natur, wenn die Gewässer im Eigentum von Privatpersonen stehen. Von den privatrechtlichen ist das öffentlich-rechtliche Entgelt zu unterscheiden. Ein öffentlich-rechtliches Entgelt kommt in Betracht, wenn der Staat als Bund oder Land oder auch eine Gemeinde

1) Vgl. Abt, Duldungspflicht, S. 1301

Gewässereigentümer ist und für die Benutzung des Gewässers als einer öffentlichen Einrichtung¹⁾ aufgrund öffentlichen Rechtssatzes eine öffentlich-rechtliche Benutzungsgebühr erheben wollen. Es ist den öffentlichen Verbänden grundsätzlich freigestellt, ob sie für die Inanspruchnahme ihrer öffentlichen Einrichtungen auf vertraglicher Grundlage ein privatrechtliches Entgelt, oder ob sie aufgrund öffentlichen Rechtssatzes ein öffentlich-rechtliches Entgelt, d.h. eine Benutzungsgebühr verlangen.²⁾ Da in § 12 LWG von einem Entgelt schlechthin die Rede ist, befaßt er sich auch mit öffentlich-rechtlichen Entgelten. Wie der private Gewässereigentümer keine vertraglichen Gegenleistungen für erlaubte oder bewilligte Benutzungen erhalten soll, so sollen auch der öffentlichen Hand als Gewässereigentümer keine Benutzungsgebühren zustehen³⁾.

Neben privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Entgelten steht die Entschädigung mit öffentlich-rechtlichem Charakter als weitere Kategorie. Entschädigung ist kein Entgelt sondern Ersatzleistung für hoheitliche Eingriffe oder auch Zahlungsausgleich für vom Staat oder anderen Subjekten öffentlicher Verwaltung veranlaßte Vermögens- oder Erwerbsminderungen⁴⁾. § 12 Satz 1 LWG läßt das Recht des Eigentümers unberührt, gegebenenfalls dann Entschädigungen zu verlangen, wenn auf das Eigentum als Folge der Benutzung nachteilig eingewirkt wird (§ 8 Abs. 3 Satz 2 WHG). Dagegen kann

1) Vgl. zum Begriff Rumetsch, § 7, Anm. 5; v. Rosen-v.Hoewel, S. 461 f.

2) Vgl. dazu Wolff, S. 218, 317, 346; Rumetsch, § 7, Anm. 8; v. Rosen-v.Hoewel, S. 460 ff.)

3) Vgl. Friesacke, Benutzungsentgelte, S. 288.

4) Wolff, S. 243.

der Gewässereigentümer keine Entschädigung für die ihm auferlegte Duldungspflicht verlangen, wie sich aus dem Schweigen des § 12 LWG über eine Entschädigungszahlung ergibt¹⁾. Das Gesetz geht davon aus, daß die Duldungspflicht noch im Rahmen der Sozialbindung des Gewässereigentums liegt²⁾.

e. Ausnahmen von der Duldungspflicht

aa. Systematische Einordnung

Der Gewässereigentümer ist nicht verpflichtet, die Entnahme von Stoffen aus oberirdischen Gewässern und die Benutzung künstlicher Gewässer zu dulden (§ 12 Satz 2 LWG)³⁾. Insoweit ist deshalb zur Benutzung der Gewässer noch die Zustimmung des Eigentümers erforderlich.

Aber nicht seine Zustimmung, sondern der öffentlich-rechtliche Gestattungsakt der Bewilligung oder Erlaubnis bildet die eigentliche Rechtsgrundlage der Sondernutzung. Erst die Bewilligung und Erlaubnis "gewähren" das Recht, ein Gewässer in einer nach Art und Maß bestimmten Weise zu benutzen, wie es

1) Vgl. Abt, Duldungspflicht, S. 1301; Friesake, Benutzungsentgelte, S. 288.

2) LT-Drucks. 49, S. 242.

3) Die Ausnahme von der Duldungspflicht einer Benutzung gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 WHG ist gerechtfertigt, da das Entnehmen fester Stoffe aus dem Bett eines Wasserlaufes einen Eingriff in die Substanz des Wassergrundstückes bedeutet und deshalb dem Eigentümer nicht ohne weiteres zugemutet werden kann (LT-Drucks. 49, S. 243). Wenn gleichfalls der Eigentümer künstlicher Gewässer von der Duldungspflicht ausgenommen ist, so entspricht das der Billigkeit, da nach § 56 Abs. 2 LWG die Unterhaltung künstlicher Gewässer allein dem Eigentümer auferlegt ist (Abt, Duldungspflicht, S. 1302).

schon der Wortlaut des Gesetzes in den §§ 8 Abs. 1 Satz 1, 7 WHG sagt. Die Bewilligung und Erlaubnis sind keine Anlagengenehmigung wie die gewerbe-rechtliche Genehmigung nach § 16 GewO. Sie sind die konstitutive Grundlage der Gewässerbenutzung und nicht das Gewässereigentum. Das WHG braucht das Eigentum nicht als konstruktive Grundlage; die mit der Bewilligung oder Erlaubnis verliehenen Berechtigungen sind im Gewässereigentum auch gar nicht enthalten¹⁾.

Die Bedeutung der Gestattung des Eigentümers liegt nun darin, daß sie den Weg frei gibt zur Ausübung der verliehenen Benutzungsberechtigung²⁾. Die Abwehrrechte des Eigentümers stellen sich quasi als eine Beschränkung der Rechtsausübung dar³⁾. Diese Schranke ist dann hochgezogen, wenn der Eigentümer sich bereit erklärt, den Eingriff in sein Eigentum zu dulden, also praktisch der Benutzungsausübung zustimmt, und damit auf die Geltendmachung seiner Abwehrrechte verzichtet⁴⁾.

Fehlt die Gestattung des Eigentümers, sei es, daß sie nachträglich wegfällt oder von Anfang an nichtig ist, so ist die einmal erteilte Benutzungszulassung nicht etwa deshalb rechtswidrig und damit fehlerhaft oder gar nichtig⁵⁾. Das Gesetz hat die Zustimmung des Gewässereigentümers nicht zur Voraussetzung für das Zustandekommen der Bewilligung oder Erlaubnis gemacht, so daß ihr Fehlen

1) Vgl. hierzu Sievers, Nutzung, S. 78 und S. 83 ff; unten, S. 167 f.

2) Vgl. dazu van Almsick, S. 78 f.; vgl. auch Schack, Sondernutzung, S. 47.

3) Vgl. hierzu v. Tuhr II, 2, § 93, I.

4) Vgl. dazu auch BGH in NJW 56, 106.

5) Der Unterschied zwischen Fehlerhaftigkeit und Nichtigkeit ist ein gradueller, vgl. Forsthoff, S. 208; Wolff, S. 279 f.

eine Gesetzesverletzung noch nicht ausmacht. Die Bewilligung oder Erlaubnis ist bei fehlender Zustimmung auch nicht auf etwas rechtlich Unmögliches gerichtet¹⁾, da sie die Restherrschaft des Gewässereigentümers gar nicht beseitigen will, vielmehr unbeschadet der Eigentumsrechte am Gewässer ergeht²⁾. Wird also die Benutzungsberechtigung durch die mangelnde Gestattung des Gewässereigentümers rechtlich nicht berührt, so bleibt sie doch tatsächlich unwirksam, solange der Ausführung des erlaubten Unternehmens die Rechte des Eigentümers entgegenstehen³⁾.

Ist allerdings die Möglichkeit zur Ausübung der Benutzung schon bei Antragstellung versagt, so wäre die Erteilung der Bewilligung oder Erlaubnis nicht nur ein ganz zweckloser Akt und jeder Verwaltungsökonomie entgegengesetzt, sondern die Behörde würde auch den Schein auf sich laden, als ⁴⁾ erteile sie eine Berechtigung zur Eigentumsverletzung. Darüber hinaus würde die Bewilligung oder Erlaubnis auch keinem bestimmten Zweck dienen können, wie es gemäß §§ 7, 8 Abs. 2 Nr. 2 WHG Voraussetzung für ihre Erteilung ist, wenn feststeht, daß der Unternehmer sie nicht ausüben kann. In den Fällen des § 12 Satz 2 LWG kann deshalb die Benutzung nur dann zugelassen werden, wenn auch die erforderliche Verfügungsmacht über das Gewässergrundstück nachgewiesen ist.

bb. Gestattung des Gewässereigentümers

^{wie}
Ist gewöhnlich ein Hoheitsträger zugleich Gewässer-

- 1) Vgl. hierzu Forsthoff, S. 228.
- 2) Vgl. auch Kormann, S. 233; van Almsick, S. 78 f.
- 3) Im Ergebnis Riederer-Sieder, Art. 170, Anm. 11; van Almsick, S. 78 f.
- 4) Ähnlich die Rechtsprechung des BayerVGH zu § 19 GewO, Bd. 13, S. 420 f.

eigentümer, so kommt in Betracht, das Verhältnis zum Benutzer öffentlich-rechtlich auszugestalten und für die Benutzung seines Gewässers als einer öffentlichen Einrichtung ein öffentlich-rechtliches Entgelt im Sinne einer Benutzungsgebühr abzuverlangen¹⁾. Öffentliche Lasten wie die Benutzungsgebühr bedürfen stets gesetzlicher Grundlage²⁾. Weder das WHG noch das Landeswasserrecht sehen jedoch öffentlich-rechtliche Benutzungsgebühren vor. Allenfalls die kommunalen Gebietskörperschaften könnten befugt sein, aufgrund des Kommunalabgabengesetzes der Länder Benutzungsgebühren zu erheben³⁾. Voraussetzung dafür ist, daß die Gewässer öffentliche Einrichtungen im abgabenrechtlichen Sinne sind, die von den Gebietskörperschaften im öffentlichen Interesse unterhalten werden. Die in Aussicht genommene Benutzung muß ferner der Zweckbestimmung der Einrichtung entsprechen. Denn eine öffentlich-rechtliche Gebühr ist nur zugelassen als ein Entgelt für die bestimmungsmäßige Benutzung der öffentlichen Einrichtung. Fällt die Benutzung aus dem Rahmen der Zweckbestimmung heraus, so kann dafür nur ein privatrechtliches Entgelt gefordert werden⁴⁾. Sind an sich die rechtssatzmäßigen Voraussetzungen für eine Gebührenerhebung gegeben, so steht es den Gebietskörperschaften zur Wahl, ob sie für die Benutzung ein privatrechtliches Entgelt oder eine Gebühr beanspruchen wollen; es können jedoch ^{nicht} für ein und dieselbe Benutzung eine Gebühr und eine privatrechtliche Vergütung nebeneinander gefordert werden. Denn beide bilden

1) Vgl. dazu Wolff, S. 346.

2) Wolff, S. 220.

3) Vgl. etwa § 7, Kommunalabgabengesetz für Rheinland-Pfalz.

4) Vgl. dazu Rumetsch, § 7, Anm. 4; Surén, § 4, Anm. 10 b; OVG 48, 114 f.

begrifflich das spezielle Entgelt für die Leistung des Gewässereigentümers - die Zurverfügungstellung seines Eigentums - und unterscheiden sich rechtlich nur dadurch, daß diese Gegenleistung entweder auf privatrechtlicher Ebene oder auf öffentlich-rechtlicher Ebene erbracht wird¹⁾.

Ein Hoheitsträger kann in seiner Eigenschaft als Gewässereigentümer seine Zustimmung zur Ingebrauchnahme des Gewässergrundstücks auch auf privatrechtlicher Ebene erteilen. Ausschließlich privatrechtlich gestaltet sich das Verhältnis zum Benutzer dann, wenn nicht eine Hoheitsperson sondern eine Privatperson Gewässereigentümer ist.

Die privatrechtliche Gestattung kann zunächst durch die im BGB nicht besonders geregelte Bittleihe auf beliebigen Widerruf in Anlehnung an das römisch-rechtliche precarium erfolgen²⁾. In diesem Falle begründet die Gewährung des Besitzes keine Rechtsbindung des Gewässereigentümers. Die Besitzüberlassung kann jederzeit und einseitig widerrufen werden. Eine solche einseitige Gestattung kann von einem Hoheitsträger etwa in einer gesonderten "Genehmigungsurkunde" neben dem Bewilligungs- oder Erlaubnisbescheid ausgesprochen werden. Sie kann aber auch in dem öffentlich-rechtlichen Zulassungsakt mit-enthalten sein. Ist etwa der öffentlich-rechtliche Sachherr zugleich auch Eigentümer des Gewässers, so kann in dem ohne Vorbehalt erteilten Bewilligungs- oder Erlaubnisbescheid sowohl die öffentlich-rechtliche Benutzungszulassung wie auch die durch schlüssiges Verhalten erklärte privatrechtliche Gestattung des Gewässereigentümers gesehen werden³⁾.

1) OVG 31, 67.

2) Vgl. dazu van Almsick, S. 81; Planck, Vorbem. III, zu § 598.

3) Vgl. BGHZ 36, 6 f.; Schack, Sondernutzung, S. 50 f.; v. Almsick, S. 78, Benad, S. 170.

Daneben kann die Vereinbarung über die Gestattung der Gewässerbenutzung auch auf vertraglich-bindender Grundlage erfolgen. Der zwischen Gewässereigentümer und Benutzer geschlossene Vertrag kann sich als Leihvertrag darstellen. Durch einen unvollkommen|zweiseitigen Leihvertrag verpflichtet sich der Entleiher zur unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung an den Benutzer bis zum Ablauf der vertraglich vereinbarten Zeitdauer. Bei Fehlen einer Bestimmung über die Dauer des Vertrages wird man die Leihe in dem Zeitpunkt als beendet ansehen müssen, in dem der nach dem Zweck des Leihvertrages beabsichtigte Gebrauch des Gewässergrundstückes entfällt.

Im Gegensatz zur unentgeltlichen Leihe beruht der Mietvertrag auf dem Prinzip einer irgendwie gearteten Entgeltlichkeit. Der Mietvertrag kommt in der Regel dadurch zustande, daß die ausgehandelten gegenseitigen Rechte und Pflichten in einer von beiden Parteien unterschriebenen Urkunde zusammengefaßt werden¹⁾. Hat sich der Gewässereigentümer lediglich dazu verpflichtet, sein Grundstück gegen ein Entgelt dem Benutzer zum Gebrauch zu überlassen, so handelt es sich allerdings noch nicht um einen Mietvertrag, sondern um einen Vertrag sui generis. Ein Mietvertrag setzt voraus, daß der Eigentümer verpflichtet ist, den Gebrauch zu gewähren (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB), d.h. nicht nur zu dulden sondern

1) Vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 572.

auch positiv etwas zu tun, etwa den Benutzer vor Störungen durch andere Mieter oder Dritte möglichst zu bewahren¹⁾.

Die Gegenleistungen des Benutzers können mannigfacher Art sein. Der Benutzer kann etwa die dem Gewässereigentümer obliegende Unterhaltungspflicht übernehmen (vgl. hierzu § 56 Abs. I LWG). Dies kann auf zwei Wegen geschehen: Der Benutzer kann sich mit privatrechtlicher Wirkung dem Gewässereigentümer zur Unterhaltung verpflichten (vgl. dazu § 58 Abs. 2 LWG). Solche Abmachungen können die gesetzliche Unterhaltungsregelung des § 56 LWG zwar nicht ändern, wohl aber eine privatrechtliche Verpflichtung des Übernehmers im Innenverhältnis gegenüber dem Träger der Unterhaltungslast begründen. Die Unterhaltungslast kann aber auch mit öffentlich-rechtlicher Wirkung übernommen werden (vgl. dazu § 58 Abs. 1 LWG). Die Pflicht zur Unterhaltung der Gewässer ist eine öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit (§ 54 LWG). Gegenstand eines solchen Vertrages ist mithin eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Da es für die Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen Verträge von den privatrechtlichen in erster Linie auf den Gegenstand des Vertrages ankommt²⁾, - der hier in Rede stehende Vertrag aber einen öffentlich-rechtlichen Gegenstand betrifft - so ist deshalb der Übernahmevertrag als ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zu werten. Wird die Benutzung gegen Übernahme der Unterhaltungslast mit öffentlich-rechtlicher Wirkung gestattet, so liegt danach ein gemischt öffentlich- und privatrechtlicher Vertrag vor, eine Erscheinung, die im öffentlichen Sachenrecht nicht selten ist³⁾. Verpflichtet sich der

1) Vgl. Palandt, § 535, Anm. 2; BGH in NJW 1956, S. 106;

2) Vgl. BGH in NJW 1960, S. 1457; Forsthoff, S. 255.

3) Vgl. dazu Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 573.

Benutzer zusätzlich oder auch ausschließlich zu Geldleistungen, so kann deren Höhe etwa nach der Größe der benutzten Fläche, nach Umsatz, Rein-
gewinn oder auch nach der zu entnehmenden Menge
Wassers bemessen sein¹⁾.

Ein Hoheitsträger kann auf privatrechtlicher Ebene
allerdings nicht jede beliebige Gegenleistung ver-
langen oder gar seine Zustimmung willkürlich ver-
sagen. Wie jeder Eigentümer unterliegt auch er
zunächst einmal rein privatrechtlichen Beschrän-
kungen. So können Nutzungsverträge gegen die guten
Sitten verstoßen (§ 138 BGB), wenn etwa die Vorteile,
die sich der Gewässereigentümer hat versprechen
lassen, in auffälligem Mißverhältnis zur Gegen-
leistung stehen²⁾. Verfügt nur das Land oder eine
Gemeinde über das für das Benutzungsunternehmen
gerade erforderliche Gewässer, so kann sich für
die Verwaltung aus ihrer Rolle als Monopolinhaber
auch ein Kontrahierungszwang ergeben³⁾.

Darüber hinaus leiten sich aber auch Schranken aus
öffentlich-rechtlicher Bindung ab. Zwar ist die
Ausübung des Privateigentums keine spezifische
Aufgabe der öffentlichen Verwaltung, es handelt
sich hierbei nicht etwa um materiell öffentliche
Verwaltung in den Formen des Privatrechts⁴⁾. Diese
Tätigkeit unterliegt deshalb unmittelbar keinen
öffentlich-rechtlichen, insbesondere grundrecht-
lichen Bindungen, wie sie dem Begriff des "Verwal-
tungsprivatrechts" immanent sind⁵⁾. Jedoch werden
öffentlich-rechtliche Bindungen mittelbar über

1) Vgl. 21. Koll., Ref. Gieseke, S. 1.

2) Friesecke, Recht, S. 66; 20. Koll., Diák., S. 2.

3) Wolff, S. 91.

4) Vgl. hierzu Zippelius, S. 841.

5) Vgl. hierzu Wolff, S. 88 ff.; Maunz-Dürig,
Art. 1, Rn. 134 ff.

Institutionen des Privatrechts aktuell. Das gilt vor allem für grundrechtliche Bindungen. Der Fiskus als Subjekt von privaten Rechtsverhältnissen steht nicht als selbständiges Rechtssubjekt neben dem Hoheitsträger. Vielmehr ist der Fiskus das gleiche Rechtssubjekt wie der Staat oder sonstige Hoheitsträger - trotz der rechtstechnischen Spaltung bilden der Staat bzw. andere juristische Personen des öffentlichen Rechts und der Fiskus eine Einheit. Will deshalb der Träger öffentlicher Verwaltung als Gewässereigentümer auf privatrechtlicher Ebene vertraglich etwas durchsetzen, was durchzusetzen ihm als öffentlich-rechtlicher Sachherr der grundrechtlichen Bindungen wegen nicht gestattet ist, so liegt ein "agere contra factum proprium" vor. Ein solches Verhalten ist sittenwidrig im Sinne des BGB, wenn der Träger der öffentlichen Verwaltung als Gewässereigentümer ein faktisches Monopol innehat, wenn also der Benutzer nicht oder nur mit großen Schwierigkeiten auf andere Gewässer ausweichen kann. In diesem Falle kann eine entsprechende Vereinbarung über § 138 BGB zu Fall gebracht werden oder auch der Gewässereigentümer nach § 826 BGB zum Abschluß eines Vertrages ohne grundrechtswidrige Klausel gezwungen werden¹⁾.

Unter den gleichen Voraussetzungen - bei Ausnutzung einer Monopolstellung - wäre es sittenwidrig, wenn der öffentlich-rechtliche Sachherr als Gewässereigentümer sein Handeln auf privatrechtlicher Ebene dazu benutzen wollte, um sachfremde Verwaltungszwecke hoheitlicher Art zu verwirklichen, oder wenn er versuchen wollte, dem Benutzer Bedingungen aufzunötigen, die der Bewilligung oder Erlaubnis als Nebenbestimmung nicht beigelegt werden könnten²⁾. So wäre z.B. ein Vertrag nichtig, in dem von dem

1) Vgl. dazu Maunz-Dürig, Art. 1, Rn. 135; Dürig, Grundrechte, S. 189.

2) Vgl. Bullinger, Vertrag, S. 106 f.; OVG Mü/Lü 8, S. 217 ff.

Benutzer die Übernahme eines Teiles der allgemeinen Kosten der Wasserpolizei verlangt würde, da die Deckung dieser Kosten nicht zu den Verwaltungsaufgaben des öffentlich-rechtlichen Sachherrn gehören.

2. Duldungspflicht des Grundwassereigentümers

§ 12 Satz 1 LWG bestimmt, daß der Gewässereigentümer die Gewässerbenutzung unentgeltlich zu dulden hat. Zu den Gewässern im Sinne des Landesrechts zählt auch das Grundwasser (§ 1 LWG i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 2 WHG). Daraus folgt, daß in § 12 Satz 1 LWG mit Gewässereigentümer auch der Grundwassereigentümer - d.i. der Eigentümer des grundwasserhaltigen Erdgrundstückes - und mit Gewässerbenutzung auch die Grundwasserbenutzung gemeint ist¹⁾.

Nicht zu dem Begriff des Grundwassers gehört jedoch der darüberliegende Erdkörper, so daß dessen Benutzung nicht geduldet zu werden braucht. Wo es also erforderlich ist, zur Ausübung der Grundwasserbenutzung das darüber liegende fremde Grundstück in Anspruch zu nehmen, muß hierzu die privatrechtliche Einwilligung des Grundstückseigentümers erteilt sein, was regelmäßig nur gegen ein Entgelt erfolgt. Ist der private Grundstückseigentümer nicht bereit, seine Zustimmung zu geben, so kommen die Vorschriften der Enteignungsgesetze in Betracht²⁾, wenn die Grundwassernutzung aus Gründen des öffentlichen Wohles, etwa zu Zwecken der öffentlichen Wasserversorgung, erforderlich ist. In diesem Falle zeigt sich die praktische Bedeutung

1) Vgl. Gieseke, Rechtseinheit, S. 18; Arndt, Wasserrechtsregelung, S. 17; Abt, Duldungspflicht, S. 1302.

2) Hervorzuheben ist das preuß. Enteignungsgesetz von 1874, GS S. 221 ff., vgl. §§ 1, 6, und das preuß. Gesetz über ein vereinfachtes Enteignungsverfahren v. 26.7.1922, GS S. 211.

der in § 12 Satz 1 LWG statuierten (unentgeltlichen) Duldungspflicht: nur für die Inanspruchnahme des Grund und Bodens und nicht auch für die Wassarentnahme steht eine Entschädigung oder auch ein Übernahmepreis zur Diskussion¹⁾. Der Grundstückseigentümer kann also neben Grundstückspreis oder Nutzungsentschädigung nicht noch eine besondere Abgeltung für die reine Wassernutzung verlangen.

III. Sonstige Verpflichtungen Dritter

1. Duldungspflichten der Gewässernachbarn

Für ein Benutzungsunternehmen kann sich die Notwendigkeit ergeben, aus dem Wasserlauf entnommenes Wasser über fremde Ufergrundstücke hinweg zu der Produktionsstätte hinleiten zu müssen. Wer als Anlieger Flußwasser stauen und zu diesem Zweck eine Stauanlage errichten will, muß für deren Bau gegebenenfalls das gegenüberliegende fremde Ufergrundstück auch oberhalb der Uferlinie in Anspruch nehmen. Hat der Unternehmer in diesen und ähnlichen Fällen für sein Vorhaben eine Benutzungsberechtigung erlangt, so ist zunächst nur der Gewässereigentümer verpflichtet, die Installation der Benutzungsanlagen zu dulden (§ 12 Satz 1 LWG). Die um das Gewässer liegenden Grundstücke kann er dagegen allein auf Grund einer Bewilligung oder Erlaubnis noch nicht für seine Zwecke in Anspruch nehmen. Auch die Ausschlußwirkung des § 11 WHG hilft dem Benutzungsberechtigten insoweit nicht, da sie sich nur auf die nachteiligen Wirkungen der Benutzung bezieht, während es doch hier um den Gebrauch der Nachbargrundstücke als Vorbedingung der Benutzung geht.

1) Vgl. dazu LT-Drucks. 49, S. 242f.; Kierdorf, LWG, S. 16; Abt, Duldungspflicht, S. 1302; Hartmann-Kraft, § 12, Anm. 2.

Um hier zu helfen, hat der Landesgesetzgeber sog. Zwangsrechte vorgesehen, die dem Bewilligungs- oder Erlaubnisinhaber in einem förmlichen Verfahren erteilt werden können (§ 109 Abs. 1 Nr. 6 LWG). Ist das Zwangsrecht zugesprochen, so sind die in Betracht kommenden Grundstückseigentümer und Nutzungsberechtigten verpflichtet, die Durchleitung von Wasser oder die Errichtung der Stauanlage zu dulden (vgl. die §§ 91 - 93, 96 - 98 LWG).

Solche Zwangsrechte kannten bereits die früheren Landeswassergesetze. Nach dem PrWG war das Zwangsrecht ein durch öffentlich-rechtlichen Akt geschaffenes Privatrecht, das auch ins Grundbuch eingetragen wurde¹⁾. Vor allem die süddeutschen Wassergesetze sahen dagegen in der Erteilung eines Zwangsrechts die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses, das allein im Wasserbuch vermerkt wurde²⁾. Letztere Auffassung hat sich der Landesgesetzgeber von Rheinland-Pfalz zu eigen gemacht, wie schon aus § 130 Abs. 1 LWG erhellt, wonach in das Wasserbuch die öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse in bezug auf die Gewässer einzutragen sind, insbesondere die behördlichen Entscheidungen über Zwangsrechte³⁾. Die Duldungspflicht des Grundstücks-

1) Vgl. §§ 330 ff., 340 Abs. 7 PrWG; HKS, § 43, Vorbem. A; Wolff-Raiser, § 102, I, S. 415

2) Vgl. §§ 25 ff. BadWG; § 14 Abs. 2 Nr. 3 c BadVollzugsVO; dazu Schenkel, S. 72 f. und § 27 Anm. 8; Art. 157 ff. Bayer.WG, Art. 196 BayerWG; dazu Eymann-Schubert, Art. 157, Anm. 1 a β; Art. 54 ff. WürttWG, Art. 102 WürttWG; dazu Hofacker, S. 42 ff.; vgl. zur unterschiedlichen Konstruktion der Zwangsrechte auch Sieyers, Zwangsrechte, S. 518-520, S. 522, und Becker-Flügel, S. 76 f.

3) So auch Feldt, Vorbem. zu §§ 80-87 b.

eigentümers oder Nutzungsberechtigten stellt sich danach als eine öffentlich-rechtliche Pflicht gegenüber dem Staate dar¹⁾, und der Begünstigte erhält gegenüber dem Staat das Recht, in diese Beziehung eintreten zu dürfen, die Pflichtenstellung des Grundstückseigentümers und Nutzungsberechtigten für sich in Anspruch nehmen zu können.

Die Duldungspflicht ist ihrem Wesen nach nicht höchstpersönlich, so daß sie nur von dem Verpflichteten in Person erfüllt werden könnte. Vielmehr kommt es dem Gesetz allein darauf an, das Grundstück zur Durchführung eines wasserwirtschaftlichen Unternehmens in Gebrauch zu nehmen. Dementsprechend muß die öffentliche Pflicht mit dem Grundstück verbunden sein mit der Wirkung, daß der jeweilige Eigentümer oder Nutzungsberechtigte verpflichtet wird²⁾.

Die Zwangsrechte werden für das Benutzungsunternehmen erteilt, wie es schon der Gesetzeswortlaut sagt (vgl. §§ 91, 93 LWG). Sie sind deshalb wie die Bewilligung und Erlaubnis unternehmensbezogen und gehen wie diese auch mit dem Benutzungsunternehmen auf einen anderen über³⁾.

Der gleiche wirtschaftliche Zweck, der mit Hilfe eines solchen Zwangsrechtes verfolgt wird, kann auch durch Bestellung einer privatrechtlichen Dienstbarkeit erreicht werden. Der Antrag auf Erteilung eines Zwangsrechtes muß deshalb wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses zurückgewiesen werden, solange eine Dienstbarkeit mit gleichem

- 1) Vgl. auch Sievers, Zwangsrechte, S. 520; Eymann-Schubert, Art. 162, Anm. 1 b; Schenkel, § 27, Anm. 8; im Ergebnis auch Wolff, S. 220.
- 2) Kolb, Zwangsrechte, S. 82; HKS, Vorbem. zu § 340, C.
- 3) Vgl. oben, S. 59 ff. ; HKS, Vorbem. zu § 340, Anm. A.

Inhalt besteht¹⁾.

Vom Notwegrecht des BGB (§ 917) unterscheidet sich das Zwangsrecht darin, daß es nicht kraft Gesetzes besteht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen und der Berechtigte die Benutzung des fremden Grundstückes anspricht, sondern daß es erst durch Beschluß der Behörde erteilt wird²⁾.

Ein dem Zwangsrecht auf Durchleitung ähnliches Recht kann aber auch auf dem Weg über das Notwegrecht des BGB erreicht werden³⁾. Die h.M.⁴⁾ bejaht eine analoge Anwendung des § 917 BGB für Versorgungs- und Abwasserleitungen, allerdings nur unter nachbarrechtlichen Voraussetzungen. Eine solche Möglichkeit schließt jedoch das Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung eines Zwangsrechtes nicht aus, da das Notwegrecht nur ein Anwendungsfall des allgemeinen Noteingriffsrechts aus § 904 BGB ist und also subsidiären Charakter hat⁵⁾.

2. Pflicht zur Duldung der Mitbenutzung von Anlagen

Will ein Bewilligungs- oder Erlaubnisinhaber Grundstücke entwässern oder Abwässer beseitigen, so kann ihm gemäß § 94 LWG auch das Recht verliehen werden, Grundstücksentwässerungs- oder Abwasseranlagen, die einem anderen Unternehmen dienen, für seine Zwecke mitzubenutzen.⁶⁾ Solche Anlagen sind künstliche in der Regel auf mechanischem Wege hergestellte Einrichtungen⁷⁾. Zu den

1) HKS, a.a.O.; Burghartz, WGNRW, § 85, Anm. 1.

2) Vgl. auch Kolb, Zwangsrechte, S. 79.

3) Vgl. hierzu 71. Koll., Ref. Gieseke, S. 2.

4) BGH in NJW 50, 93, Nr. 5; Kolb, Zwangsrechte, S. 81; Gieseke, a.a.O.

5) Westermann, § 65, II 1, S. 325 f.; Wolff-Raiser, § 56, S. 204.

6) Zur Rechtsnatur dieser Zwangsrechte vgl. oben S. 95 f., das dort Gesagte gilt hier entsprechend.

7) Rehder, NWG, § 128 Anm. 1; Burghartz, WGNRW, § 90, Anm. 3.

Abwasseranlagen zählen vor allem auch künstlich hergerichtete Gewässer, wie etwa Klärteiche¹⁾. Sollen Abwässer in einen solchen fremden Klärteich eingeleitet werden, so gilt folgendes: Der Klärteich ist ein Gewässer, dessen Benutzung zunächst einer Erlaubnis oder Bewilligung bedarf (§ 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 4 WHG). Die zugelassene Benutzung braucht der Eigentümer des Klärteiches nicht zu dulden, da es sich um ein künstliches Gewässer handelt (§ 12 Satz 2 LWG). In diesem Falle kann der Eigentümer jedoch auf Grund des § 94 LWG als Inhaber einer Abwasseranlage zur Duldung der Abwassereinleitung gezwungen werden. Anders dagegen, wenn ein ursprünglich natürliches Gewässer zum Zwecke der Beseitigung von Abwässern als Klärteich ausgebaut worden ist und nunmehr tatsächlich den Charakter eines künstlichen Gewässers angenommen hat. Hier ist das künstlich veränderte Gewässer zwar auch Anlage im Sinne des § 94 LWG, rechtlich ist jedoch der Klärteich trotz der Veränderung ein natürliches Gewässer geblieben (§ 2 Abs. 2 Satz 1 LWG), dessen Benutzung der Gewässereigentümer schon auf Grund des § 12 Satz 1 LWG und nicht erst auf Grund einer Zwangsrechtserteilung nach § 94 LWG zu dulden verpflichtet ist. Für einen Antrag auf Erteilung eines entsprechenden Zwangsrechts würde deshalb das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

3. Wasserlieferungszwang

Während andere Länder²⁾ auch ein Mitbenutzungsrecht an Anlagen der Wasserversorgung kennen, findet sich im LWG (§ 95) die Besonderheit, daß ein Unternehmer

1) Vgl. dazu HKS, § 339, Anm. 2.

2) Z.B. § 90 WGNRW, § 84 HWG, § 76 WGSchH.

der öffentlichen Wasserversorgung zu Gunsten anderer solcher Unternehmer oder zu Gunsten von Gebietskörperschaften im öffentlichen Interesse einem Lieferungszwang unterworfen werden kann.

Um ein Unternehmen der öffentlichen Wasserversorgung handelt es sich, wenn eine unbestimmte Personenvielheit mit Wasser versorgt wird¹⁾. Auf die Rechtsform des Unternehmens kommt es deshalb nicht an. Die zu den Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge zählende Wasserversorgung kann anstaltlich organisiert sein, sie kann auch rechtlich selbständigen Unternehmungen des Handelsrechts (AG, GmbH) übertragen werden, an denen die Gemeinden allein oder nur zu einem Bruchteil beteiligt sind²⁾.

Gegenstand der Zwangsverpflichtung ist der Abschluß eines in der Wasserversorgungswirtschaft üblichen Wasserlieferungsvertrages. Davon sind die eigentlichen Lieferpflichten zu unterscheiden, die ihre Grundlage in dem in Erfüllung der Zwangsverpflichtung abgeschlossenen Verträge haben. In Ansehung der unterschiedlichen Rechts- und Organisationsformen auf dem Sektor der öffentlichen Wasserversorgung stellt sich die Frage, welcher Natur - öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher - der auf Grund der Zwangsverpflichtung abgeschlossene Wasserlieferungsvertrag ist.

Im allgemeinen wird die Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen Verträge von den privatrechtlichen Verträgen von der Sache her, d.h. vom öffentlich- oder privatrechtlich geregelten Gegenstand des Vertrages her getroffen³⁾. Dieses Kriterium versagt jedoch, wenn

1) Vgl. dazu unten, S. 129 f.

2) Vgl. Forsthoff, S. 359 f. und S. 441;
Fischerhof, Versorgung, S. 305.

3) Vgl. oben, S. 90.

der Gegenstand des Vertrages - wie hier die gegenseitige Wasserbelieferung von Unternehmen der öffentlichen Wasserversorgung - von der gesetzlichen Ordnung weder speziell öffentlich-rechtlich, noch privatrechtlich geregelt worden ist¹⁾. In Fällen dieser Art ist auf die neue Subjektstheorie²⁾ zurückzugreifen, nach der die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag in der Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte liegt. Kann das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältnis ebensogut auch zwischen Privatpersonen bestehen, sind m.a.W. die durch einen Vertrag geschaffenen Rechte oder Pflichten nicht notwendigerweise einem Subjekt hoheitlicher Gewalt zugeordnet, so handelt es sich um eine privatrechtliche und andernfalls um eine öffentlich-rechtliche Beziehung³⁾. Demzufolge hat der abgeschlossene Liefervertrag immer nur privatrechtlichen Charakter, da jederzeit auch eine Privatperson Verpflichteter und Begünstigter sein kann.

Da Gegenstand des Zwangsrechtes der Abschluß eines Wasserlieferungsvertrages ist, bildet die Vorschrift des § 95 LWG somit Grundlage für einen Kontrahierungszwang⁴⁾. Zur Erfüllung der Kontrahierungspflicht bedarf es der Erklärung des Verpflichtungswillens, um so die vertragliche Gebundenheit entstehen zu lassen. Die Verpflichtungserklärung wird in der Regel auf einen Vertragsantrag des Begünstigten hin erfolgen. Doch ist

1) Vgl. dazu auch Salzwedel, Grenzen, S. 84 f.

2) Vgl. hierzu Wolff, S. 83 f., insbes. zu den Vorteilen gegenüber der Subjektionstheorie; vgl. auch Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 40, Anm. II.

3) Wolff, Unterschied, S. 216; Stern, S. 317 f.

4) LT-Drucks. 49, S. 270.

der Schuldner nur verpflichtet, auf solche Vertragsanträge einzugehen, die sich im Rahmen des Üblichen halten (§ 95 Abs. 1 Satz 1 LWG). Was üblich ist, läßt sich an den Gepflogenheiten der Praxis ablesen. Im übrigen ist die Pflicht zum Vertragsschluß begrenzt durch das Gebot von Treu und Glauben. Danach kann die Kontrahierungspflicht entfallen aus Gründen der Nichtzumutbarkeit, wenn etwa nach Erteilung des Zwangsrechtes unvorhergesehenerweise das Wasserreservoir des verpflichteten Unternehmens beträchtlich zusammengeschmolzen ist, nicht jedoch schon dann, wenn das Unternehmen ohne weiteres auf andere, wenn auch bisher noch nicht in Anspruch genommene Wasservorkommen zurückgreifen kann. Denn der unter Kontrahierungszwang Stehende ist immer auch zu einer gewissen Leistungsbereitschaft verpflichtet¹⁾.

Nach Abschluß des Liefervertrages sind die Rechtsbeziehungen zwischen dem Verpflichteten und dem Begünstigten nach dem Inhalt des Vertrages allein zu beurteilen. Nunmehr findet die Verpflichtung aus dem Vertrag u.a. ihre Begrenzung in dem Gebot von Treu und Glauben und den daraus abzuleitenden Grundsätzen der Nichtzumutbarkeit und der *clausula rebus sic stantibus*.

Jedoch kann der Schuldner eine Nichtzumutbarkeit, die schon vor dem Vertragsschluß bestanden hat, jetzt nicht mehr geltend machen, wenn er sie kannte oder kennen mußte. Hat der Verpflichtete den Vertrag geschlossen, ohne sich auf die Nichtzumutbarkeit zu berufen, dann hat er damit stillschweigend zu erkennen gegeben, daß er den Vertrag erfüllen will und auf derartige Einwendungen verzichtet²⁾.

1) Vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 102 ff.

2) Vgl. hierzu Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 140.

IV. Rechtsschutzmöglichkeiten zu Gunsten der Benutzungsberechtigten

1. Privatrechtliche Ansprüche

a. Vergegenständlichung der Bewilligung

Die Mehrzahl der Länder hat auf die Bewilligung die Eigentumsvorschriften des BGB für entsprechend anwendbar erklärt¹⁾.

Nach der Ansicht von Burghartz²⁾ wird das bewilligte Recht mit dieser Regelung zu einem besonders gearteten dinglichen Recht des Landesrechts erklärt. Die Bewilligung habe hierdurch die Doppelnatur eines subjektiv-öffentlichen Rechts und eines dinglichen Privatrechts nach Art einer Dienstbarkeit erlangt.

Eine solche Auffassung läßt sich jedoch nicht mit dem rein öffentlich-rechtlichen Charakter der Bewilligung, wie er in § 8 Abs. 1 Satz 2 WHG zum Ausdruck kommt³⁾ und sich insbesondere auch in den §§ 11 Abs. 1 Satz 1 WHG (Ausschluß zivilrechtlicher Ansprüche) und 12 Satz 1 LWG (Duldungspflicht des Gewässereigentümers) widerspiegelt, nicht vereinbaren. § 11 Abs. 1 Satz 1 WHG ist nur vom Boden der Auffassung her verständlich, daß die Bewilligung - allein als subjektiv-öffentliches Recht verstanden - die Abwehrrechte Dritter nicht beschränken kann⁴⁾. Die Bewilligung, zugleich als dingliches Privatrecht aufgefaßt, würde aber die Schadensersatzansprüche und Abwehrrechte Dritter schon

1) Vgl. § 14 LWG; § 16 Abs. 1 WGNRW; § 19 HWG; § 12 NWG. Die unterschiedlichen Fassungen sind sachlich ohne Bedeutung (GW, § 8, Anm. 2).

2) WGNRW, § 16, Anm. 1.

3) Vgl. oben, S. 77 ff.

4) Vgl. BGH in NJW 59, 2014; Palandt, § 1004, Anm. 7 b.

von vorneherein mangels Rechtswidrigkeit entfallen lassen, solange sich der Benutzer im Rahmen seines Rechts hält, und damit § 11 WHG entwerten. Die gleiche Überlegung gilt entsprechend für die Duldungspflicht des Gewässereigentümers. Nur der rein öffentlich-rechtliche Charakter der Bewilligung macht sie notwendig. Ein privates Recht würde sich als eine Belastung an dem Wasserlaufgrundstück darstellen und dem Bewilligungsinhaber auch ohne eigens ausgesprochene Duldungspflicht gestatten, das Gewässergrundstück zum Zwecke der Benutzung in Gebrauch zu nehmen¹⁾.

In Anbetracht dessen kann nicht angenommen werden, daß der Landesgesetzgeber mit § 14 LWG ein dingliches Privatrecht statuieren und damit zugleich den Bestimmungen der §§ 8 Abs. 1 Satz 2, 11 WHG und 12 LWG entgegenhandeln wollte. Was vielmehr § 14 LWG bringt, das sind die privatrechtlichen Schutzmöglichkeiten einer vergegenständlicht gedachten Bewilligung. Obwohl die Bewilligung als subjektiv-öffentliches Recht inhaltlich nur ein Rechtsband zwischen Benutzer und Staat schafft, wird sie in § 14 LWG zu einem mit Außenwirkung gegen Dritte versehenen Vermögensbestandteil gemacht. Der Bewilligungsinhaber kann nunmehr gegen jeden rechtswidrigen Eingriff eines Dritten - auch des Gewässereigentümers - in sein Recht, ja bereits bei ernstlichem Drohen des Eingriffs, Unterlassung und gegebenenfalls auch Schadenersatz vor den Zivilgerichten verlangen.

b. Möglichkeit von Besitzschutzansprüchen

Gemäß § 14 LWG ist der Bewilligungsinhaber nur soweit gegen Beeinträchtigungen durch Dritte ge-

1) Vgl. hierzu auch Wolff-Raiser, § 101, III 4 a, S. 413.

schützt, wie sein Benutzungsrecht reicht. Es besteht jedoch ein Bedürfnis, dem Bewilligungsinhaber auch dann privatrechtlichen Schutz zu gewähren, wenn andere, am Wasser Berechtigte ihre Befugnisse überschreiten und hierbei die bewilligte Benutzungsausübung über den Rahmen des eigentlichen Benutzungsrechtes hinaus beeinträchtigen, vor allem durch Wasserentzug oder Wasserverunreinigung (vgl. hierzu § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG).

Für die Erlaubnis haben die Länder nicht, wie bei der Bewilligung, die Eigentumsvorschriften des BGB für entsprechend anwendbar erklärt. Diese Lücke kann auch nicht dadurch ergänzt werden, daß man die Erlaubnis als ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB ansieht und damit ebenfalls Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gibt (§ 823, Abs. 1 i.V.m. § 1004 BGB). Die Erlaubnis als subjektives öffentliches Recht i.w.S. ist nur gegen den Hoheitsträger gerichtet und nicht auch gegen Private im Sinne eines absoluten Rechts, wie es Voraussetzung für die Annahme eines sonstigen Rechts ist¹⁾.

Um hier sowohl dem Bewilligungsinhaber wie auch dem Erlaubnisinhaber eine Schutzmöglichkeit zu gewähren, wäre zunächst an Besitzstörungenansprüche zu denken (§ 862 BGB). Der Besitz knüpft an die Körperlichkeit der beherrschten Sache an. Da die Wassersäule zu den körperlichen Gegenständen zählt²⁾, ist auch Besitz an ihr möglich³⁾. Ebensowenig schließt die Öffentlichkeit von Gewässern den Besitz von Privatpersonen aus⁴⁾. Der an einer Sache bestehende Besitz ergreift die Sache jedoch immer nur in demselben Umfange wie das Eigentum. Wo die Macht des Eigentums endet, da hat auch der Besitz seine Grenzen⁵⁾.

1) Palandt, § 823, Anm. 4.

2) Vgl. oben, S. 24 Fußnote.

3) Schenkel, S. 45.

4) Westermann, § 8, 2 S. 55.

5) Wolff-Raiser, § 16, II, 1, S. 52; vgl. auch BGH in NJW 55, 19.

Wie schon oben¹⁾ aufgezeigt, sind die zulassungspflichtigen Benutzungen an oberirdischen Gewässern nicht mehr im Gewässereigentum enthalten. Das gleiche gilt auch für das Grundwasser²⁾. Insoweit ist das Gewässereigentum inhaltlich begrenzt. Dementsprechend stehen dem Eigentümer auch insoweit keine Abwehrrechte mehr zu. Da der Besitzer aber keine größeren Rechte haben kann als der Eigentümer, kann sich also der Inhaber einer Bewilligung oder Erlaubnis auf Besitzstörungsansprüche nicht berufen.

c. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Regelmäßig dient die Wasserbenutzung einem Gewerbebetrieb. Sie kann somit in den gewerblichen Tätigkeitskreis fallen, der als Schutzobjekt i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB ("sonstiges Recht") angenommen wird³⁾. Es stellt sich deshalb die Frage, ob nicht der Inhaber einer Bewilligung oder Erlaubnis über diesen Weg beispielsweise gegen Wasserentzug oder -verunreinigung geschützt werden kann.

Das Recht an einem gewerblichen Unternehmen, wie es die Rechtsprechung entwickelt hat, ist als ein Immaterialgüterrecht aufzufassen, das auf ungestörte Ausnutzung des Unternehmens gerichtet ist⁴⁾. Verletzt ist dieses Recht immer dann, wenn die freie Erwerbstätigkeit des Unternehmens behindert oder gestört wird. Findet jedoch der Eingriff in einen

1) Vgl. oben , S. 84 f.

2) Vgl. oben, S. 28 f.u. unten, S. 167. .

3) Vgl. dazu BGH in NJW 1957, 631.

4) Vgl. Lehmann, § 234, I 1 b, S. 940.

materiellen Bestandteil des Unternehmens statt, so hat schon das Reichsgericht den Versuch, zivilrechtliche Ansprüche auf die Beeinträchtigung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs zu stützen, mit der Begründung zurückgewiesen, daß Eingriffe in die materiellen Grundlagen des Gewerbebetriebs dem § 823 Abs. 1 BGB nur dann unterliegen, wenn dadurch ein an diesen Grundlagen selbst bestehendes Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB widerrechtlich verletzt ist¹⁾. Materielle Grundlage in diesem Sinne ist das Wasser, auf das der Gewerbebetrieb angewiesen ist. Die am Wasser begründete Bewilligung gibt aber kein Recht auf Wasserzufluß von bestimmter Menge und Beschaffenheit und die Erlaubnis gewährt überhaupt kein Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB. Wird deshalb einer bewilligten Benutzung das Wasser entzogen oder verunreinigt, oder wird eine erlaubte Wasserbenutzung auch sonst wie beeinträchtigt, so kann darin die Verletzung eines subjektiven Rechts i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB nicht um deswillen gesehen werden, weil mittelbar die Erwerbstätigkeit beeinträchtigt ist²⁾.

d. Verletzung von Schutzvorschriften

Wer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt, kann nach § 823 Abs. 2 i.V.m. § 1004 BGB zur Unterlassung gezwungen werden und ist gegebenenfalls zum Schadensersatz verpflichtet. Die besondere Bedeutung des § 823 Abs. 2 BGB liegt darin, daß er Ersatz- und Unterlassungsansprüche auch in den Fällen gewährt, in denen kein Recht oder Rechtsgut i.S.d. § 823 Abs. 1, sondern irgendein anderes geschütztes Interesse verletzt ist.

1) RG in JW 1909, S. 494; vgl. auch Salinger, S. 299.

2) Vgl. auch HKS, § 379, Anm. 5, und BGH in NJW 59, 480 f.

Als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, auf die sich der beeinträchtigte Bewilligungs- oder Erlaubnisinhaber berufen kann, kommen hier die in anderweitigen Erlaubnis- oder Bewilligungsbescheiden enthaltenen Bestimmungen (§§ 120, Nr. 1-4, 121 Abs. 1 LWG) sowie die Vorschriften über die Grenzen des Eigentümer- und Gemeingebrauchs (§§ 23, 24 Abs. 1 Satz 1 WHG, 26, 28 Abs. 1 LWG) in Betracht.

Die in den Bewilligungs- und Erlaubnisbescheiden enthaltenen Bestimmungen haben zwar keinen Gesetzescharakter im allgemeinen Sinne, doch ist für die Annahme eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB nicht Voraussetzung, daß es sich um Gesetze im staatsrechtlichen Sinne handeln muß. Als Schutzgesetze kommen vielmehr alle Rechtsnormen in Betracht¹⁾. Normen sind Rechtsgebote, welche den Bürger zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, nur dürfen sie nicht durch privatrechtliches Rechtsgeschäft aufgestellt sein²⁾. Deshalb sind von der Rechtsprechung hierzu auch solche Anordnungen gerechnet worden, die von der zuständigen Verwaltungsbehörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit bei Erteilung einer gewerberechtlichen Genehmigung für eine Anlage i.S.d. § 16 GewO getroffen worden sind³⁾. Dementsprechend können auch die in wasserrechtlichen Zulassungsbescheiden aufgeführten Bestimmungen grundsätzlich als Gesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB gelten.

Jene Bestimmungen sind zugleich auch den Schutz eines anderen bezweckende Normen, wie es § 823 Abs. 2 BGB verlangt, wenn durch sie nicht nur die Allgemeinheit, das Publikum, geschützt werden soll,

1) EGBGB, Art. 2, RGRK, § 823, Rn. 104.

2) Nipperdey, § 30, III 1, S. 199; Erman, § 823, Anm. 12 a.

3) RG in JW 1916, 38; Fuhr, § 18, Anm. 7.

sondern wenn die Behörde mit ihrer Aufnahme in den Bescheid auch den Schutz anderer, hier der anderen Wasserbenutzer, im Auge hatte¹⁾. Voraussetzung ist aber immer, daß der beeinträchtigte Bewilligungs- und Erlaubnisinhaber auch zu dem Kreis der Benutzer zählt, dessen Schutz die behördlichen Bestimmungen verfolgten. Werden also etwa Auflagen zugunsten des Wohnungs- und Siedlungswesens verletzt (vgl. § 13 LWG), so kann sich der dadurch beeinträchtigte Benutzer zu Zwecken des Bergbaus nicht auf die Verletzung von Schutzvorschriften i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB stützen.

Erst recht haben auch die gesetzlichen Bestimmungen, die den Gemein- und Eigentümergebrauch eingrenzen, den Charakter von Schutzgesetzen, wie schon daraus erhellt, daß diese Befugnisse ihre Grenze ausdrücklich an den Berechtigungen anderer finden²⁾.

2. Verwaltungsrechtsschutz

Werden Gewässerbenutzungen ohne die erforderliche Erlaubnis oder Bewilligung ausgeübt oder wird sonst eine Benutzungsberechtigung unzulässigerweise ausgedehnt, so kann die Wasserbehörde im Rahmen der Gewässeraufsicht dagegen einschreiten (§ 21 WHG i.V.m. §§ 85, 102 LWG). Der Inhaber einer Bewilligung oder Erlaubnis, der durch eine unberechtigte Gewässerbenutzung in der Ausübung seiner Berechtigung gestört wird, kann sicherlich ein Vorgehen der Wasserbehörde anregen. Fraglich erscheint jedoch, ob der Berechtigte gegebenenfalls auch ein Einschreiten der Gewässeraufsicht zu seinen Gunsten mit einer Klage vor dem Verwaltungsgericht erzwingen kann.

1) Lehmann, § 235, I 2, S. 951.

2) Vgl. §§ 23 WHG, 26 LWG; §§ 24 Abs. 1, Satz 1 WHG, 28, Abs. 1 LWG; vgl. auch HKS, Vorbem. B zu § 41; Werneburg, S. 296.

Als geeignetes Rechtsmittel käme eine Verpflichtungsklage in Betracht. Die Zulässigkeit einer solchen Klage hängt davon ab, ob der Bewilligungs- oder Erlaubnisinhaber durch die Ablehnung oder Unterlassung eines Einschreitens in seinen Rechten verletzt wird (§ 42 Abs. 2 VwGO). Das kann dann der Fall sein, wenn die Gewässeraufsicht dem Benutzungsberechtigten gegenüber zum Eingriff verpflichtet ist. Einer unbedingten Pflicht zum Eingriff steht jedoch das sog. Opportunitätsprinzip entgegen, das auch im Rahmen der Gewässeraufsicht eine Rolle spielt. Zwar ist in § 85 Abs. 1 Satz 1 LWG die Verpflichtung der Wasserbehörde ausgesprochen, über die Ordnung der Gewässerbenutzung zu wachen. Damit ist jedoch noch nicht das Opportunitätsprinzip ausgeschaltet. Vielmehr ist in § 85 allein die Aufgabe der Gewässeraufsicht umschrieben, während sich die zur Erfüllung dieser Aufgabe verliehenen Befugnisse aus § 1 Abs. 1 Satz 2 PVG i.B.m. § 102 LWG herleiten. Hier aber, in der Befugnisnorm, ist der Sitz des Opportunitätsprinzips¹⁾. Dabei steht heute gewohnheitsrechtlich fest, daß nicht allein die Wahl der Mittel in das Ermessen gestellt ist - wie man aus dem Wortlaut schließen könnte -, sondern daß auch die Frage, ob überhaupt ein Tätigwerden geboten ist, dem Ermessen unterliegt.

Wegen des geltenden Opportunitätsprinzips hat der Bewilligungs- oder Erlaubnisinhaber also keinen materiellen Anspruch auf ein Vorgehen der Gewässeraufsicht zu seinen Gunsten. Ihm steht jedoch ein sog. formeller Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens zu. Ein solch formelles subjektiv-öffentliches Recht auf ermessensfehlerfreies behördliches Verhalten ist heute allgemein anerkannt³⁾.

1) "Die nach pflichtmäßigem Ermessen notwendigen Maßnahmen", Drews-Wacke, S. 158.

2) Martens, S. 246.

3) Zur Begründung vgl. Bachof, Klage, S. 68 f.

Darauf kann sich auch der einzelne Benutzer berufen, da die Tätigkeit der Gewässeraufsicht wie schon die der allgemeinen Polizei nach heutiger Sicht nicht mehr allein im allgemeinen öffentlichen Interesse liegt, sondern zumindest auch dem Schutz gefährdeter Rechtsgüter des einzelnen gilt¹⁾. Dementsprechend ist der Kläger dann zu einer Verpflichtungsklage befugt, wenn er Tatsachen vorbringt, nach denen eine fehlerhafte Ermessensausübung zu seinem Nachteil immerhin möglich ist.

Zur Zulässigkeit der Klage gehört ein Rechtsschutzbedürfnis des Klägers. Das Rechtsschutzbedürfnis für den Verwaltungsrechtsweg könnte fehlen, weil sich der Kläger auch im Zivilrechtsweg gegen Störungen durch Dritte zur Wehr setzen kann. Allein die Tatsache, daß das gleiche private Abwehrinteresse auch mit einer Klage vor dem ordentlichen Gericht verfolgt werden kann, schließt jedoch das Rechtsschutzbedürfnis für den Verwaltungsrechtsweg noch nicht aus. In diesem Falle ist von der Rechtsprechung ein Rechtsschutzbedürfnis für den Verwaltungsrechtsweg nur dann abgelehnt worden, wenn das Verwaltungsgericht eine materielle Prüfung im gleichen Umfang und nach den gleichen Voraussetzungen vorzunehmen hätte wie das Zivilgericht und dabei das Schwergewicht auf den materiellen Fragen im Zivilrecht liegt²⁾. Hier ging es vor dem Zivilgericht um die Ausfüllung der Tatbestände des § 823 Abs. 2 und § 1004 BGB, beim Verwaltungsgericht aber vorwiegend um Ermessensfragen. De iure - und darauf kommt es an - handelt es sich in beiden Fällen schon um unterschiedliche materielle Prüfungen³⁾. Der beeinträchtigte Bewilligungs- oder Erlaubnisinhaber hat daher die Wahl zwischen zwei Rechtswegen.

1) Vgl. Bachof, Verfassungsrecht, S. 283 f.;
Martens, S. 248 ff.

2) Vgl. hierzu die Entscheidungen des BVerwG in
NJW 54, 1858, NJW 59, 998 f., NJW 60, 1029,
zu akzessorischen Verwaltungsakten.

3) Menger, S. 264 f.

Erachtet das Verwaltungsgericht einen Ermessensfehler für gegeben, weil die Behörde etwa unsachlichen Gesichtspunkten Raum gegeben hat, so spricht es i.d.R. die Verpflichtung aus, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden¹⁾. Ausnahmeweise kann auch ein Vornahmeurteil ergehen (§ 113 Abs. 4 Satz 1 VwGO), nämlich dann, wenn nur ein Tätigwerden der Gewässeraufsicht als allein fehlerfreie Handhabung des Entschließungsermessens in Betracht kommt²⁾. Wird im Falle einer solchen Ermessensverdichtung die Gewässeraufsicht zum Eingreifen verurteilt, so bleibt allein noch die Auswahl des Mittels dem Ermessen der Wasserbehörde überlassen³⁾.

1) Bescheidungsurteil, § 113 Abs. 4 Satz 2 VwGO.

2) Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113, Anm. II.

3) Martens, S. 247.

3. Teil

Erteilung der Benutzungsberechtigungen

A. Präventives Verbot mit Vorbehalt freier Erlaubnis

Gemäß § 2 Abs. 1 WHG bedürfen alle Benutzungen von Gewässern einer Erlaubnis oder Bewilligung, soweit das Gesetz keine Ausnahme vorsieht. Aus der Hervorhebung des § 2 Abs. 1 WHG "als Grundsatz" und seiner Stellung an der Spitze aller maßgeblichen Bestimmungen über die Gewässerbenutzung hat Krüger¹⁾ geschlossen, daß es sich hier um einen Grundsatz mit materiellem Inhalt handle. Es werde ein repressives Verbot statuiert mit dem Inhalt, daß der Regel nach die Benutzung der Gewässer verboten und nur der Ausnahme nach erlaubt sei. Damit greife insbesondere die Regel ein, daß Ausnahmen restriktiv zu interpretieren seien. Im Zweifel sei daher unter dieser Konstruktion die Benutzung der Gewässer nicht oder doch nur in möglichst engem Umfang gestattet. Die im Gesetz vorgesehenen wasserwirtschaftlichen Vorschriften über die Versagung der Erlaubnis und Bewilligung (vgl. z.B. § 6, § 34, I WHG) seien also weit auszu-legen.

Die Bestimmung des § 2 Abs. 1 WHG kann jedoch nicht in diesem Sinne gedeutet werden. Schon der Wortlaut spricht gegen ein repressives Verbot. Das Gesetz sagt nicht etwa: die über den erlaubnisfreien Gebrauch hinausgehende Benutzung des Wassers ist verboten, es sei denn, daß, oder: Ausnahmen können genehmigt werden, sondern es formuliert: "Eine Benutzung bedarf der Erlaubnis oder Bewilligung". Schon diese Ausdrucksweise spricht

1) Grundfragen, S. 11 ff.

eher für ein präventives als für ein repressives Verbot¹⁾. Aber auch der Wille des Gesetzgebers ging nicht dahin, ein grundsätzliches Verbot auszusprechen. Er wollte nicht das Wasser seiner natürlichen Bestimmung, der Nutzung durch den Menschen, in wesentlicher Beziehung entziehen, sondern im Gegenteil: sein Ziel war, die Benutzung des Wassers in wirtschaftlich sinnvoller Weise möglichst vielseitig und nutzbringend zu ermöglichen, und um deswillen die Benutzung des Wassers zu ordnen²⁾. Der gewollten Ordnungsfunktion entspricht jedoch kein grundsätzliches Verbot, sondern allein die vorbeugende Verwaltungskontrolle. Dementsprechend wird der Verwaltung durch § 2, Abs. 1 WHG ein bloßes Kontrollrecht eingeräumt, Das ausgesprochene Verbot hat also nur formale und präventive Bedeutung. Es handelt sich um ein sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt³⁾. Im Hinblick auf die beabsichtigte Ordnungsfunktion sind denn auch ^{die} Versagungsvorschriften zu interpretieren, nicht aber in einem grundsätzlich extensiven Sinne.

Die präventiven Verbote sind zu scheiden in solche mit gebundener und solche mit freier (ins Ermessen gestellter) Erlaubnis. Ein präventives Verbot mit gebundener Erlaubnis liegt vor, wenn die Behörde für den Fall, daß ein konkretes Vorhaben den gesetzlichen Anforderungen entspricht, die beantragte Erlaubnis erteilen muß. Der Gesetzgeber des WHG hat jedoch in Unterschied etwa zu den §§ 30, Abs. 1 und 33 a Absatz 2 GewO nicht gesagt, daß

1) Vgl. Friauf, S. 424, Anm. 15.

2) Vgl. auch BT-Drucks. 3536, S. 4.

3) Vgl. dazu GW, § 2, Anm. 1; ders., Grundfragen, S. 327; Dornheim, Lage, S. 54; Rehder, NWG, § 2, Anm. 2; Witzel, WHG, § 2, Anm. 1; anscheinend hat sich auch Krüger dieser Ansicht angeschlossen (vgl. Bericht S.41). Nach Krüger a.a.O. ist es nicht Sinn des Verbotes, soviel wie möglich zu verhindern, sondern soviel wie möglich zu gestatten.

die Bewilligung und Erlaubnis nur aus den im Gesetz genannten Gründen zu versagen sind. Er hat hiervon Abstand genommen, einmal um den Landesgesetzen weitere Versagungsgründe vorzubehalten und zum anderen, um die Beweglichkeit der Behörde im Falle, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Benutzungsberechtigung erfüllt sind, nicht durch einen Rechtsanspruch des Antragstellers einzuschränken¹⁾. Nur bei der Überleitung alter Benutzungsrechte und Befugnisse erschien es dem Gesetzgeber angemessen, einen Rechtsanspruch auf die Bewilligung zu statuieren (§ 16 Abs. 3, § 17 Abs. 2 Satz 1 WHG). Danach steht also der Behörde, von der Überleitung alter Berechtigungen abgesehen, noch ein Ermessensspielraum zu, wenn die Bewilligung oder Erlaubnis nicht schon nach den zwingenden Vorschriften versagt werden muß²⁾. Dementsprechend handelt es sich hier um ein präventives Verbot mit freier Erlaubnis.

B. Verfahrensregelung

Gemäß § 9 Satz 1 WHG ist die Bewilligung in einem förmlichen Verfahren zu erteilen. Das Bewilligungsverfahren ist von den Ländern im einzelnen ausgestaltet worden³⁾. Im Unterschied zur Bewilligung enthält das WHG über das Erlaubnisverfahren keinerlei Vorschriften. Mit Ausnahme von Hessen haben jedoch die Länder auch für die Erlaubniserteilung ein förmliches Verfahren vorgesehen (vgl. § 121 LWG).

1) BT-Drucks. 2072, S. 23; BT-Drucks. 3536, S. 10 f.

2) Vgl. Witzel, WHG, § 6, Anm. 1; Gässler, S. 36; Landt, Erlaubnis, S. 3; Dornheim, Situation, S. 102; Burghartz, § 6, Anm. 1; Rehder, NWG, § 8, Anm. 1.

3) Vgl. dazu die §§ 109 ff. LWG.

Der Gang des förmlichen Verfahrens ist im LWG eingehend geregelt worden. Enthält das LWG zu einzelnen Fragen keine Vorschriften, können ergänzend die Bestimmungen des Musterentwurfes eines Verwaltungsverfahrensgesetzes¹⁾ herangezogen werden, soweit darin gewohnheitsrechtlich geltende Grundsätze zum Verwaltungsverfahren in Gesetzesform ausgeprägt worden sind²⁾, wie das z.B. für die Handlungsfähigkeit (§ 11 EVwVerfG) und die Bevollmächtigung (§ 13 EVwVerfG) geschehen ist. Da somit für die Durchführung des Verfahrens auf ausdrückliche Bestimmungen verwiesen werden kann, werden im folgenden nur einzelne Punkte herausgegriffen, deren Erläuterung angebracht erscheint.

I. Kreis der Beteiligten

Nach § 111 LWG ermittelt die zuständige Behörde den Sachverhalt und die Beteiligten von Amts wegen. Die Beteiligten können Einwendungen gegen das Benutzungsunternehmen vorbringen, über die in der Regel mündlich zu verhandeln ist (vgl. dazu §§ 111 Abs. 2 Nr. 2, 112 Abs. 1 Satz 1 LWG). Der Begriff der am Verfahren Beteiligten ist in § 111 Satz 2 LWG näher bestimmt. Danach ist am Verfahren beteiligt, wer innerhalb des Geltungsbereiches des WHG durch das Benutzungsunternehmen beeinträchtigt werden kann. Diese Gesetzesfassung bringt zum Ausdruck, daß die Behörde im Verfahren zunächst nicht zu entscheiden braucht, wer von der Benutzung tatsächlich beeinträchtigt wird. Vielmehr genügt, ähnlich wie bei § 42 Abs. 2 VwGO, eine lediglich summarische Prüfung dahingehend, ob eine Beeinträchtigung überhaupt möglich ist.

1) EVwVerfG 1963.

2) Vgl. dazu Höcherl, Geleitwort zu EVwVerfG 63, S. VII.

Zu den Beteiligten gehören in erster Linie diejenigen, deren Rechte von der Benutzung betroffen werden (vgl. dazu § 8 Abs. 3 WHG, § 15 Abs. 1 LWG) und die sonst Nachteile, wie sie in § 8 Abs. 4 WHG i.V.m. § 16 LWG umschrieben sind, von der beabsichtigten Benutzung zu erwarten haben. Darüber hinaus fallen unter den sehr weit gefaßten Beteiligtenbegriff aber auch andere, denen die beabsichtigte Benutzung Nachteile bringt, ohne daß diese vom Gesetz als Grundlage der Einwendungen nach materiellem Recht anerkannt worden sind. Dazu gehört beispielsweise der Vertragspartner des Benutzungsunternehmens, der sich nicht auf die Bestimmung des § 8 Abs. 3 WHG stützen kann¹⁾ oder auch der Triebwerksbesitzer, dem durch Ableitung von Wasser am Oberlauf das Betriebswasser entzogen wird²⁾. Die Bedeutung der materiellen Bestimmung über die Einwandsberechtigung liegt deshalb nicht darin, Einwendungen überhaupt zu ermöglichen, sondern hierdurch wird die Behörde verpflichtet, bei gewissen Einwendungen eine bestimmte Entscheidung zu treffen³⁾. Es werden hier also im Grunde nur die Rechtsfolgen geregelt, die sich aus den schon nach formellem Recht zulässigen Einwendungen ergeben.

Zu den Beteiligten im verfahrensrechtlichen Sinne zählen auch Behörden. Diese Annahme ist allein schon deshalb geboten, weil die Verfahrensregelung des LWG u.a. auch bezweckt, das in § 9 WHG vorgeschriebene Bewilligungsverfahren auszugestalten. § 9 WHG aber schreibt ausdrücklich vor, daß auch die beteiligten Behörden gehört werden müssen (§ 9 Satz 2

1) Vgl. unten, S. 172 f.

2) Vgl. dazu § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG und § 16 Abs. 1 Nr. 4 LWG, der nur für den Unternehmer einer Wassergewinnungsanlage zutrifft.

3) Vgl. dazu § 8 Abs. 3 Satz 1 u. Satz 2 WHG, § 16 Abs. 2 LWG.

WHG). Die Behörden können einmal beteiligt sein kraft hoheitlichen Aufgabenbereiches, was z.B. dann der Fall ist, wenn eine Straßenbaubehörde gegen ein Stauunternehmen opponieren will, das den vorgesehenen Straßenplanungen im Wege steht, oder wenn Behörden der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes in einem Bewilligungs- oder Erlaubnisverfahren Einwendungen erheben, um eine Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Schiffsverkehrs auf den Bundeswasserstraßen zu verhindern¹⁾. Die Behörden können ein anderes Mal zur Wahrung von Rechten und Belangen im Sinne des materiellen Rechts auftreten²⁾, wenn z.B. die ein Grundstück verwaltende Behörde geltend machen will, daß die bisher ausgeübte Grundstücksnutzung beeinträchtigt zu werden droht.

II. Entbehrlichkeit des förmlichen Verwaltungsverfahrens

Wenn die Entscheidung über die Zulassung zur Gewässerbenutzung in einem förmlichen Verfahren ergehen muß³⁾, so bedeutet das noch nicht, daß über jeden Antrag erst nach Abhaltung des förmlichen Verfahrens entschieden werden dürfte. Das Gesetz sagt nur,

- 1) Vgl. dazu § 1, Abs. 1, Nr. 2 i.V.m. § 4 des Gesetzes über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Binnenschifffahrt vom 15.2.56, RGBI II, S. 317.
- 2) Vgl. § 8, Abs. 3, WHG, § 16 LWG.
- 3) Vgl. dazu § 9 Satz 1 WHG, § 109, Abs. 1, Nr. 1 und 2 LWG.

daß die Entscheidung über die Erteilung einer Bewilligung oder Erlaubnis in einem förmlichen Verfahren ergehen muß, mit anderen Worten, nur der Erteilung, nicht aber Versagung einer Bewilligung oder Erlaubnis muß ein förmliches Verfahren vorausgegangen sein. Dementsprechend kann die Wasserbehörde unvollständige, mangelhafte oder offensichtlich unzulässige Anträge ohne vorheriges Verfahren zurückweisen (§ 110, § 119 Abs. 2 LWG). Welche Anträge unvollständig sind, ist in § 110 Satz 2 LWG näher erläutert. Mangelhaft ist ein Antrag vor allem dann, wenn er unleserlich oder unvollständig ist oder seinen Gegenstand nicht klar erkennen läßt¹⁾. Der Antrag ist entsprechend allgemein-rechtlichem Sprachgebrauch unzulässig, wenn er verfahrensrechtlich nicht zugelassen ist, wenn also beispielsweise dem Antragsteller die Handlungsfähigkeit oder die Rechtsfähigkeit fehlen. Die Unzulässigkeit ist offensichtlich, wenn sich aus dem Antrag selbst oder aus den sonst der Wasserbehörde zur Verfügung stehenden Unterlagen die Unzulässigkeit ergibt, ohne daß eine weitere Aufklärung des Sachverhaltes getroffen werden muß.

Von dem unzulässigen Antrag ist der unbegründete Antrag zu unterscheiden. Der Antrag ist unbegründet, wenn er zwar zulässig, vollständig und frei von Mängeln ist, wenn aber das beabsichtigte Benutzungsunternehmen nicht die Voraussetzungen erfüllt, von denen das Gesetz eine Entscheidung im Sinne des Antragstellers abhängig macht. Offensichtlich unbegründet wäre ein Antrag etwa dann, wenn sich der Versagungsgrund des § 6 WHG (Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit) aufdrängt, oder wenn es von vorneherein an den in § 8 Abs. 2 WHG aufgestellten Voraussetzungen für

1) Vgl. Burghartz, WGNRW, § 102, Anm. 1.

eine Bewilligung fehlt. Man wird es der Wasserbehörde nicht verwehren dürfen, auch solche offenbar unbegründeten Anträge ohne Einhaltung eines förmlichen Verfahrens abzulehnen. Es wäre sinnlos, in solchen Fällen, in denen von vorneherein feststeht, daß die Benutzung versagt werden muß, noch ein vollständiges förmliches Verfahren durchführen zu müssen.

C. Von Amts wegen zu berücksichtigende Verfahrensgründe

I. Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit

1. Rechts- und Ermessensentscheidungen

Nach § 6 WHG ist die Bewilligung oder Erlaubnis zu versagen, soweit von der beabsichtigten Benutzung eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist. Einige Autoren¹⁾ sprechen in diesem Zusammenhang von einer Ermessensentscheidung der Behörde. Die Behörde habe im Einzelfall nach eigenen Ab- und Erwägungen zu bestimmen, was das Wohl der Allgemeinheit sei und was es erfordere. Das Gericht habe hier nicht einzugreifen und ihm stehe es insbesondere nicht zu, sein Ermessen an die Stelle des behördlichen Ermessens zu setzen. Dieser Ansicht kann nicht ohne weiteres gefolgt werden, vielmehr ist die Rechtslage in folgender Weise zu differenzieren:

Verwendet ein Gesetz in dem Tatbestand eines Rechtssatzes einen unbestimmten Begriff wie den des Wohles der Allgemeinheit, so geschieht dies immer nur in der Absicht, den Adressaten des Rechtssatzes, die Verwaltungsbehörde, rechtlich

1) Külz, S. 201; Burghartz, § 6, Anm. 3;
GW, § 6, Anm. 7.

zu binden und ist deshalb grundsätzlich nicht als eine Ermächtigung zu Ermessensentscheidungen aufzufassen¹⁾. Es geht also hier zunächst einmal um den Vollzug eines unbestimmten Rechtsbegriffes. Das bedeutet folgendes: Die Auslegung des Begriffes des Wohles der Allgemeinheit, d.h. die Ermittlung seines Sinngehaltes, ist eine Rechtsfrage, die gegebenenfalls vom Gericht nachgeprüft werden kann. Auch das Vorliegen der Tatsachen, auf welche die Verwaltungsbehörde ihre Entscheidung stützt, kann vom Gericht uneingeschränkt nachkontrolliert werden. Und schließlich ist auch die Anwendung des Begriffes, d.h. die Subsumtion der festgestellten Tatsachen unter den ausgelegten Gesetzestatbestand eine Rechtsfrage. Jedoch genießt die Verwaltung zum letzten Punkt eine relative Freiheit. Die Frage nach den Belangen des Allgemeinwohls kann nämlich nicht allein auf Grund der Fakten, der objektiven Merkmale des konkreten Sachverhaltes im Wege der Logik beantwortet werden. Hinzukommt immer noch ein normatives, wertendes Element. Steht z.B. zur Entscheidung, ob die öffentliche Wasserversorgung durch eine in Aussicht genommene Benutzung nach Menge oder Güte gefährdet wird - ein in § 6 WHG besonders hervorgehobener Fall der Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit - so bedarf es stets auch einer kognitiven Wertung im Hinblick auf eine nie vollständig überschaubare Zukunft²⁾. Diese Beurteilung muß nicht notwendig zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Es gibt Grenzfälle, in denen sich darüber streiten läßt, ob die Wasserversorgung eines bestimmten Gebietes der Menge und Güte nach noch oder schon nicht mehr gesichert sein wird. In solchen

1) Vgl. hierzu Ule, Anwendung, S. 311 ff.; Reuss, S. 585 ff.; Bachof, Verfassungsrecht, S. 232.

2) Vgl. dazu auch Forsthoff, S. 79.

Grenzfällen aber muß die maßgebliche Beurteilung allein der Verwaltung vorbehalten bleiben, die dazu auf Grund ihrer Fachkenntnisse und Erfahrungen am ehesten in der Lage ist. Mit anderen Worten: Die Behörde handelt immer dann rechtmäßig, wenn sie den Begriff des Wohles der Allgemeinheit richtig auslegt, insbesondere den Sinn des Begriffes nicht verkennt und wenn dessen Anwendung im konkreten Fall durch den Sachverhalt und verständige Erwägungen gerechtfertigt, d.h. vertretbar ist¹⁾.

Diese "relative" Freiheit bei der Anwendung eines unbestimmten Gesetzesbegriffes unterscheidet sich von einer Ermessensentscheidung dadurch, daß sich die Behörde hierbei von dem Bestreben leiten lassen muß, eine solche Wertung vorzunehmen, wie sie jede andere Verwaltungsbehörde in der gleichen Lage auch vollziehen würde. Die Subsumtion des Sachverhaltes steht unter dem Ideal objektiver Richtigkeit und ist nicht dem eigenen Gutdünken der Verwaltung überlassen²⁾.

Der in dem unbestimmten Rechtsbegriff für die Behörde enthaltene Beurteilungsspielraum kann durch Reinhalteordnungen oder wasserwirtschaftliche Rahmenpläne näher ausgestaltet sein. Sogenannte Reinhalteordnungen, deren Inhalt in § 27 Abs. I Nr. 1-5 WHG aufgeführt ist, können gemäß § 25 LWG als Verwaltungsvorschriften erlassen werden, um die Reinhaltungsmaßnahmen im Hinblick auf den Gesamtzustand der Gewässer zu ordnen³⁾. Wasserwirtschaftliche Rahmenpläne, deren Aufstellung in

1) Vgl. hierzu Ule, Anwendung, S. 318 f., S. 326; ders., Verwaltungsprozeßrecht, S. 7; Obermayer, NJW 63, S. 1178; Wolff, S. 142 ff.

2) Vgl. Ule, Anwendung, S. 324 f.; Wolff, S. 142; Obermayer, S. 1178; Bachof, Verfassungsrecht, S. 231.

3) Vgl. BT-Drucks 2072, S. 33.

§ 36 WHG vorgesehen ist, sollen die Grundlage für eine großräumige Bewirtschaftung des Wassers bilden. Sie sollen es ermöglichen, die Wasserwirtschaft eines bestimmten Gebietes auf die Befriedigung aller Bedürfnisse, denen die Gewässer dienen können, auszurichten. Ihre Bedeutung besteht deshalb darin, daß sich nach ihnen alle im Planungsgebiet zuzulassenden wasserwirtschaftlichen Einzelmaßnahmen richten sollen. Dementsprechend wendet sich der Rahmenplan nicht an Dritte, sondern lediglich an die Behörden. Er stellt somit ebenfalls eine Verwaltungsvorschrift mit bloßer Innenwirkung dar¹⁾.

Reinhalteordnungen können etwa bestimmen, welcher Verdünnungsgrad und welche zeitlichen Beschränkungen bei Abwassereinleitungen eingehalten werden müssen, um in Zukunft die Selbstreinigungskraft eines Gewässers zu erhalten und dadurch eine dem Gemeinwohl schädliche Veränderung der Wasserbeschaffenheit zu verhindern. In einem Rahmenplan kann beispielsweise gesagt sein, welche mengen- und gütemäßigen Anforderungen künftig an die öffentliche Wasserversorgung gestellt werden und welche Benutzungen des ober- oder unterirdischen Wassers nach Menge oder Zweck im Hinblick darauf noch zulässig sind. Durch derartige Verwaltungsbestimmungen werden der Behörde diejenigen Beurteilungen vorgegeben, die im Einzelfall zur Entscheidung im Rahmen des Beurteilungsspielraums maßgebend sein können²⁾.

1) Vgl. zu Vorstehendem Gieseke, Rechtsfragen, S. 7; BT-Drucks. 2072, S. 35.

2) Über das Verhältnis von Verwaltungsvorschriften zu unbestimmten Rechtsbegriffen vgl. BFH in JZ 1960, S. 279; Becker-Riewald, § 1 StAnpG, Anm. 4 b; Friesecke, Plan, S. 805 ff. (810).

Kommt die Behörde zu dem Ergebnis, daß von einem beabsichtigen Benutzungsunternehmen eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist, so hat sie nunmehr die Prüfung vorzunehmen, ob und auf welchem Wege die zu erwartende Beeinträchtigung abwendbar ist. Hierbei handelt es sich primär um Tatfragen. Es muß jeweils festgestellt werden, mit welchen tatsächlichen Maßnahmen (z.B. bestimmter Verdünnungsgrad, bestimmte Anforderungen an die Technik der Benutzungsanlage, Regelung der Benutzungszeiten) der zu erwartenden Beeinträchtigung wirksam begegnet werden kann. Bieten sich hierbei mehrere Maßnahmen als gleichermaßen wirksam an, so steht nunmehr der Behörde eine Ermessensentscheidung zu. Sie hat aus mehreren gleichwertigen Maßnahmen jene auszuwählen, die ihr als die zweckmäßigste erscheint¹⁾. Es handelt sich demzufolge bei dem Vollzug des § 6 WHG um die Anwendung eines sog. Mischtatbestandes, bei dem Rechtsentscheidungen und Ermessensentscheidungen miteinander verbunden sind²⁾.

Zur Ermessensausübung können der Behörde ebenfalls in Rahmenplänen und Reinhalteordnungen Anhaltspunkte gegeben sein. Für die Rechtmäßigkeit der behördlichen Ermessensentscheidung spielen Rahmenpläne und Reinhalteordnungen hier insofern eine Rolle, als sie über den Gleichheitssatz Außenwirkung erhalten und damit den Ermessensspielraum der Behörde begrenzen. Ist z.B. in einer Reinhalteordnung für die Abwassereinleitung ein bestimmtes Klärungssystem vorgesehen, dessen Einhaltung von der Verwaltung auch regelmäßig verlangt wird, und wollte die Behörde nunmehr, von

1) Auswahlermessen, vgl. dazu Wolff, S. 147; Obermayer, NJW 63, S. 1178.

2) Vgl. dazu Eyermann-Fröhler, § 114, Rn. 11; SZ, § 6, Rn. 3.

diesen Techniken ohne triftigen Grund zum Nachteil des Benutzers abweichen, so würde dies einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz und dem aus ihm abzuleitenden Willkürverbot bedeuten. Das Verhalten der Behörde wäre infolgedessen ermessensfehlerhaft¹⁾.

Der für die Behörde verbleibende Ermessensraum ist weiter eingeschränkt vor allem durch das Übermaßverbot, das zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählt und dessen Beachtung daher eine Rechtsfrage ist²⁾. Danach darf die Behörde insbesondere nur diejenige Maßnahme treffen, die möglichst wenig Nachteile für den Benutzer im Gefolge hat. Die an den Benutzer zu stellenden Anforderungen müssen ferner ihrer Intensität, ihrer Maßgabe und ihrer Dauer nach - sowohl was den Anfangs- wie auch den Endtermin anbelangt - auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt bleiben. Aus dem Übermaßverbot ergibt sich weiter, daß die Verwaltung die Freiheit des einzelnen Benutzers, das Notwendige aus eigenem Antrieb und nach eigenem Gutdünken zu tun, nicht über Gebbühr beschneiden darf. So kann die Verwaltung im allgemeinen nur die Einrichtungen vorschreiben, die zur Verhütung von Beeinträchtigungen des Wohles der Allgemeinheit notwendig sind. Die technische Durchführung im einzelnen wird man dagegen dem Unternehmer weitgehend in eigener Verantwortung überlassen müssen. Dies gilt allerdings nur, soweit sich mehrere gleichwirksame technische Mittel und Wege anbieten. Kann dagegen etwa nur ein bestimmtes, technisch erprobtes Verfahren Gewähr für den Schutz vor Beeinträchtigungen bieten, so ist es auch zulässig, dem Benutzer gerade diesen technischen Weg aufzugeben³⁾.

1) Vgl. zur Selbstbindung der Behörde durch Verwaltungsvorschrift auch Menger, Praxis, S. 71 f; OVG Koblenz in DVBl 1962, S. 757.

2) Vgl. Krauss, S. 71.

3) Vgl. hierzu Krauss, S. 105 f.

2. Begriff der Allgemeinheit

Nach § 6 WHG ist die Bewilligung oder Erlaubnis zu versagen, soweit von der beabsichtigten Benutzung eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist. Der Begriff der Allgemeinheit ist gleichbedeutend mit dem der Öffentlichkeit¹⁾. Das Wort "Öffentlichkeit" oder auch "öffentlich" entspricht dem französischen "public"²⁾. Damit ist ebenso wie mit dem Begriff "Publikum" z.B. in § 10 II 17 ALR eine politisch geeinte Personenvielheit gemeint³⁾. Da das WHG als Rechtsnorm für das ganze Bundesgebiet gilt, ist mit "Allgemeinheit" - streng genommen - das gesamte Volk in der Bundesrepublik erfaßt⁴⁾.

Allerdings ist es kaum vorstellbar, daß von einer Wasserbenutzung die Belange des gesamten Volkes in der Bundesrepublik betroffen werden können. Meist ist die Wirkung einer Wasserbenutzung nur für Teile des Volkes, für lokal oder funktional bestimmte Personengruppen aktuell, z.B. für die Anlieger eines Flusses, für einen Industriezweig. Um nun einen solchen Personenkreis der Allgemeinheit gleichsetzen zu können, ist es erforderlich, daß diese Gruppen unbestimmt, nicht geschlossen und jedermann ohne weiteres zugänglich sind⁵⁾.

Auf die Unbestimmtheit der Interessenträger kommt es also an. Diese Vorstellung fand schon ihren

1) Külz, S. 196; vgl. auch Wolff, S. 133, 366.

2) Wolff, S. 10.

3) Smend, S. 16; Dürig, Voraussetzungen, S. 93; Wolff, a.a.O.

4) GW, S. 13; vgl. auch Dürig, a.a.O.

5) Dürig, a.a.O., S. 97.

gesetzgeberischen Ausdruck in § 8 der früheren Durchführungsverordnung des Körperschaftssteuergesetzes vom 17.5.1926, wonach die Allgemeinheit auch Personenkreise sein konnten, die örtlich, beruflich, nach Stand, Religionsbekenntnis oder nach mehreren dieser Merkmale abgegrenzt sind.

Die Allgemeinheit hebt sich ab von der privaten Sphäre, zu der das Individuum oder auch mehrere bestimmte Personen rechnen. Einen Hinweis für die Grenzziehung gibt § 17 Abs. 4 StAnpG, der sich wie die ehemalige Durchführungsverordnung, heute in ähnlicher Weise mit dem Begriff der Allgemeinheit befaßt. Danach ist ein Personenkreis nicht als Allgemeinheit anzuerkennen, wenn er durch ein enges Band, schwierige Aufnahmebedingungen oder durch eine bestimmte Mitgliederzahl nach außen fest abgeschlossen ist. Keine unbestimmten Allgemeinheiten verkörpern daher die Verbände des Privatrechts, die Personengesellschaften, die OHG und KG, aber auch die Kapitalgesellschaften, wie etwa die AG. Letztere sind zwar als juristische Personen vom Wandel der Mitglieder unabhängig. Es können aber immer nur so viele Aktionäre da sein, als Aktien ausgegeben werden, so daß auch hier stets eine geschlossene Mitgliederzahl gegeben ist¹⁾. Die Interessen der Bewohner einer Gemeinde und aller anderen Gebietskörperschaften sind dagegen öffentliche Interessen, da jeder Außenstehende ohne weiteres durch Verlegung seines Wohnsitzes zu einer dieser Personengruppen gelangen kann.

3. Wohl der Allgemeinheit

Der Begriff des Wohles der Allgemeinheit in § 6 WHG erinnert an Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG, wonach eine

1) Vgl. dazu auch Dürig, Voraussetzungen, S. 105.

Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig ist. Nach der Auslegung, die der Begriff des Wohles der Allgemeinheit in Art. 14 gefunden hat, könnte nur ein bestimmtes Ziel, ein konkreter, zeitlich und örtlich genau bestimmbarer Zweck von öffentlichem Interesse die Versagung einer Bewilligung oder Erlaubnis rechtfertigen¹⁾.

Der Begriff des Wohles der Allgemeinheit hat jedoch keine Beziehungen zu Enteignungen oder enteignungsähnlichen Maßnahmen. Während § 6 WHG eine Sperrfunktion gegenüber dem beabsichtigten Erwerb bestimmter Rechte versieht, also nur den Zugang zu im Grunde noch gar nicht vorhandenen Positionen versagt, führen Enteignungsmaßnahmen zu Eingriffen in schon konkret begründete vermögensrechtliche Positionen. Es liegt auf der Hand, daß es für eine Verdrängung aus einer schon gefestigten Vermögenslage eines schwereren Gewichtes bedarf als dafür, um überhaupt den Erwerb bestimmter Positionen zu verhindern.²⁾

Deshalb ist die Einengung des Begriffes des Wohles der Allgemeinheit auf einen konkreten Zweck in Art. 14 GG gerechtfertigt, deshalb kann aber auch das Wohl der Allgemeinheit ^(in § 6 WHG) leichter bemessen sein. Hier reichen schon vernünftige allgemeine Erwägungen von öffentlichem Interesse aus, ohne Konkretisierung auf ein bestimmtes Vorhaben, wie etwa Erwägungen über die volkswirtschaftlich richtige Ausnutzung der Wasserschatze oder über Planungen für die nähere Zukunft, wenn sie auch im Augenblick noch keine konkrete Gestalt angenommen haben³⁾.

Im Begriff des Wortes "Allgemeinwohl" liegt gemeinhin der Gedanke einer umfassenden Schau einbezogen von allen materiellen und immateriellen Ge-

1) Vgl. dazu Schack, Enteignung, S. 76, und die dortigen Zitate.

2) Anders im Falle des § 8, Abs. 3, Satz 2, WHG, wo aus Gründen des Allgemeinwohls in feste Rechtspositionen Dritter eingegriffen wird. Vgl. dazu S. 174.

3) Vgl. dazu Külz, S. 218 ff.; Schack, a.a.O.; BayerVGH in VerwRSpr 5, 714.

sichtspunkten her¹⁾. Dieser allgemeine Bedeutungsinhalt hat seinen Niederschlag gefunden in § 17 Abs. 2 StAnpG, wonach eine Förderung der Allgemeinheit anzunehmen ist, wenn die Tätigkeit dem allgemeinen Besten auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet nützt²⁾. Verwendet der Gesetzgeber des Wasserhaushaltsgesetzes den derart vorbestimmten Begriff des Wohles der Allgemeinheit, so ist anzunehmen, daß er diesen Begriff auch in dem dargelegten umfassenden Sinne angewandt wissen will.

Diese Annahme wird dadurch bestätigt, daß das WHG beim Ausbau (§ 31) im Gegensatz zu § 6 WHG auch die Berücksichtigung lediglich öffentlicher Interessen nennt. Schon dem natürlichen Wortsinn nach ist der Begriff des Wohles der Allgemeinheit gegenüber dem des öffentlichen Interesses als der höhere und damit strengere Begriff anzunehmen³⁾. Wegen seiner Herkunft aus der Wirtschaftssprache wird der Begriff des öffentlichen Interesses im allgemeinen nur in einem materiellen Sinn verstanden, nicht auch immaterielle Güter ins Auge fassend. So gesehen, bringt auch der in § 31 WHG verwandte Begriff des öffentlichen Interesses im Vergleich zum Begriff des Wohles der Allgemeinheit einen weniger anspruchsvollen, nur auf materielle, technische und wirtschaftliche Fragen zielenden Sinngehalt zum Ausdruck⁴⁾. Im Rahmen des § 6 WHG sind deshalb nicht nur materielle Belange der Allgemeinheit, wie die Interessen der gewerblichen Wirtschaft, des Bergbaus oder der Landwirtschaft zu schützen, sondern auch immaterielle Belange zu

1) Vgl. hierzu die Ableitung bei Weustenfeld, S. 6 ff.

2) Ähnlich auch der Badische StGH in VerwRspr 2, 416.

3) Vgl. dazu auch Urteil des Bad.StGH a.a.O.

4) So auch Külz, S. 196 ff.

zu wahren¹⁾. Dazu zählen etwa ästhetische, religiöse oder auch nationale Rücksichten; Gefühle dieser Art können beispielsweise an die Erhaltung eines bestimmten, natürlich gewachsenen Landschaftsbildes oder eines Naturparks gebunden sein. Sie können betroffen werden, wenn einer Bewässerungsanlage zur Erhaltung des Landschaftsbildes, oder wenn Springbrunnenanlagen und sonstigen Wasserspielen zur Verschönerung des Naturparks das Wasser entzogen wird.

Die im Rahmen des § 6 WHG wahrzunehmenden Rücksichten des öffentlichen Wohls lassen sich in zwei Hauptgruppen einteilen. Einmal handelt es sich um die Interessen der Allgemeinheit an der Nutzung des Wassers, zum anderen um die Interessen am Schutz vor dem Wasser. Die öffentlichen Interessen an der Nutzung des Wassers unterteilen sich zunächst in solche Interessen, die auf den Gebrauch, und solche, die auf den Verbrauch des Wassers gerichtet sind.

Konsumorientiert sind z.B. die Interessen der Landwirtschaft an der Herbeischaffung des Wassers zwecks Bewässerung der landwirtschaftlich genutzten Grundstücke. Vor allem aber ist in diesem Zusammenhang das Interesse an der öffentlichen Wasserversorgung zu nennen, das der Gesetzgeber in § 6 WHG besonders hervorgehoben hat. Der Begriff der öffentlichen Wasserversorgung wird im WHG nicht definiert, sondern als bekannt vorausgesetzt.

Die Bezeichnung öffentliche Wasserversorgung hat sich eingebürgert für eine Tätigkeit, die vor allem früher und zum Teil noch heute nicht nur durch Unternehmen in öffentlich-rechtlicher, sondern auch durch solche in privatrechtlicher Rechtsform

1) Im Ergebnis auch GW, § 6, Anm. 7; Burghartz, § 6, Anm. 3.

ausgeübt wird. "Öffentliche" Wasserversorgung ist deshalb nicht vom öffentlichen Recht und seinen Institutionen her in dem Sinne zu verstehen, daß es auf den Betrieb der Wasserversorgung in öffentlich-rechtlicher Organisationsform ankäme¹⁾, vielmehr ist vom Begriff "öffentlich" in seinem sozial- und auch rechtswissenschaftlichen Wortsinn auszugehen. Danach bezeichnet "öffentlich" das, was unbestimmt, welche und wie viele Personen betrifft²⁾. Öffentliche Wasserversorgung ist deshalb die Versorgung einer unbestimmten Personenvielheit mit Wasser. Dementsprechend lautet auch DIN Nr. 4046 des Fachnormenausschusses Wasserwesen: "Wasserversorgung, die der Versorgung der Allgemeinheit (Öffentlichkeit) dient".

Es kommt also weder auf die Rechtsform des Versorgungsunternehmens an, noch spielt es eine Rolle, ob natürliche Personen (die Bevölkerung) oder juristische Personen (die Industrie) beliefert werden, noch ist die Qualität des gelieferten Wassers maßgebend (Trink- oder Brauchwasser), und ebenso ist gleichgültig, auf welcher Rechtsgrundlage, vertraglicher oder öffentlich-rechtlicher, sich die Versorgung vollzieht³⁾.

Das auf Grund des § 6 WHG geschützte öffentliche Interesse an der Wasserversorgung ist nicht identisch mit einem bestimmten Wasserversorgungsunternehmen, wie schon daraus folgt, daß vom Gesetz auf die Gefährdung der öffentlichen Wasserversorgung schlechthin und nicht auf die Gefährdung eines öffentlichen Wasserversorgungsunternehmens abgestellt ist⁴⁾. Was hier geschützt werden soll, ist das

1) Vgl. dazu **Fischerhof**, Versorgung, S. 305 f.;

2) Vgl. dazu **Wolff**, S. 10; RGSt 21, 254.

3) Vgl. hierzu auch GW, § 6, Anm. 8; **Burghartz**, § 6, Anm. 4; **Wüsthoff**, Wasserversorgung, S. 213; **Malzer**, S. 1137

4) Vgl. hierzu **Salzwedel**, Maßnahmen, S. 1146 f.; **Burghartz**, § 6, Anm. 4

objektive Wasserversorgungsinteresse der Allgemeinheit, das zwar gelegentlich mit dem Interesse eines Wasserversorgungsunternehmens gleichgesetzt werden kann, das aber nicht hiermit übereinzustimmen braucht. Ein Wasserversorgungsunternehmen kann sich nach dem betriebswirtschaftlichen Gewinn orientieren, es kann gut oder schlecht geführt werden, es kann den Versorgungsbedürfnissen gerade eben noch genügen oder auch des guten zuviel tun. Die Wasserbehörde hat demgegenüber von höherer Warte aus das objektive Versorgungsinteresse wahrzunehmen und hierbei insbesondere auch überörtliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die für das örtliche Wasserversorgungsunternehmen vielleicht gar nicht überschaubar sind.

Die Interessen der Allgemeinheit am Gebrauch des Wassers lassen sich einteilen in solche, die auf die Verwendung des Wassers als Substanz, und solche, die auf den Gebrauch des Wasserlaufs als eines räumlich ausgedehnten Grundstücks gerichtet sind. Zu den ersteren zählen etwa das Interesse der Bevölkerung an der Beseitigung von Abwässern in einen Fluß, das Interesse des Bergbaus an der Ab- und Einleitung von Grubenwasser, das Interesse der Elektrizitätswirtschaft und der Industrie an dem Gebrauch des Wassers als Kraftquelle. Unter die letztere Gruppe fallen solche Interessen, die sich auf die Inanspruchnahme des Wasserlaufes als Verkehrsträger, als Liegeplatz oder auch als Badeanstalt beziehen.

Die öffentlichen Interessen an der Nutzung des Wassers lassen sich ferner untergliedern in unmittelbare Gemeinschaftsbedürfnisse, bei denen gerade das Wasser selbst Gegenstand des Bedarfs ist, und mittelbare Gemeinschaftsbedürfnisse, die nicht so sehr auf das Wasser als vielmehr auf das mit Hilfe des Wassers zu erzielende Produkt oder

Ergebnis gerichtet sind. Unmittelbare Gemeinschaftsbedürfnisse sind neben dem Interesse der Landwirtschaft an der Bewässerung und dem Interesse der Bevölkerung an der Wasserversorgung z.B. auch das Interesse an der Bereitstellung bestimmter Flußstrecken oder Seen zu Erholungszwecken. Mittelbare Gemeinschaftsbedürfnisse sind dann gegeben, wenn die Allgemeinheit ein Interesse daran hat, daß etwa ein landwirtschaftlicher Betrieb mit Hilfe der Bewässerung bestimmte landwirtschaftliche Produkte erzielt, daß sie ^{mit} Licht und Kraftstrom von einem auf die Wasserkraft angewiesenen Elektrizitätswerk versorgt wird, oder daß ein wasserverbrauchender Industriebetrieb aus volkswirtschaftlichen Gründen, sei es wegen der Produktion volkswirtschaftlich wichtiger Hilfsstoffe oder sei es wegen Erhaltung der Arbeitsplätze, fortgeführt wird.

In all diesen Fällen handelt es sich darum, daß das Interesse eines einzelnen Benutzers, eines landwirtschaftlichen oder industriellen Betriebes, zugleich in den Bereich des öffentlichen Interesses hineinreicht, mit anderen Worten, das auf die Wasserbenutzung bezogene Interesse eines einzelnen nimmt zugleich auch Gemeinwohlqualität an. Salzwedel¹⁾ steht auf dem Standpunkt, daß solcher Art Privatinteressen an Hand des § 6 WHG nicht zu berücksichtigen seien. Der Schutz von Einzelinteressen, auch wenn dahinter ein Allgemeininteresse stehe, sei vom Gesetz generell derart ausgestaltet, daß der Betroffene Einwendungen gegen die Erteilung ^{der} Bewilligung oder Erlaubnis erheben müsse und die Behörde daraufhin gemäß den §§ 8 Abs. 3 WHG, 15 Abs. 1, 16 LWG zu verfahren habe.

Das Gesetz gibt jedoch an keiner Stelle einen Anhaltspunkt dafür her, daß die genannten Vorschriften im Hinblick auf den Schutz anderer eine Ausschließ-

1) Salzwedel, Maßnahmen, S. 1143.

lichkeitsregelung beinhalten. Auch für den Vorläufer des WHG, das PrWG, das neben der Versagung einer Verleihung von Amts wegen bei Beeinträchtigung des öffentlichen Wohles (§ 49) auch Einwendungen Dritter vorsah (§ 50), ist darin niemals eine Spezialregelung in diesem Sinne gesehen worden¹⁾. Ebenso wird zu der im Prinzip gleichliegenden Regelung des § 18 Satz 1 GewO, wonach die Behörde von Amts wegen zu prüfen hat, ob eine Anlage erhebliche Gefahren für das Publikum herbeiführen kann, allgemein der Standpunkt vertreten, daß hier zugleich die Interessen einzelner Nachbarn zu berücksichtigen sind, unabhängig davon, ob diese von der Möglichkeit, Einwendungen zu erheben, Gebrauch gemacht haben.²⁾ Allein die §§ 8 Abs. 3 WHG und 16 LWG kommen deshalb nur dort zum Zuge, wo es ausschließlich um die Vorsorge für Einzelinteressen geht, da solche rein privaten Interessen niemals auf Grund des § 6 WHG, der nur allgemeine Interessen zum Gegenstand hat, geschützt werden können.

Handelt es sich jedoch darum, Störungen von schon betriebenen privaten Benutzungsunternehmen mit gleichzeitiger Gemeinwohlqualität abzuwehren, so wird die Behörde allerdings selten von Amts wegen auf Grund des § 6 WHG einschreiten müssen, da in der Regel der betroffene Unternehmer Einwendungen nach § 8 Abs. 3, Abs. 4 WHG i.V.m. § 16 LWG erheben, und die daraufhin erfolgende Entscheidung auch den Belangen des Wohles der Allgemeinheit gerecht wird. Sollte der Betroffene aber keine Einwendungen machen, so spricht die Vermutung dafür, daß die zu erwartenden Beeinträchtigungen

1) HKS, § 49, Anm. 2.

2) Fuhr, § 18, Anm. 2 a.

nicht von Gewicht sind, so daß sich auch eine auf § 6 WHG gestützte Vorsorge für den Betroffenen erübrigen wird.

Die Schutzmöglichkeit zugunsten anderer auf Grund des § 6 WHG gewinnt jedoch dann an Bedeutung, wenn die Behörde in Aussicht stehende, aber noch nicht zugelassene Gegenunternehmungen mit Gemeinwohlqualität berücksichtigen will, deren Pläne auch noch nicht so weit gediehen sind, daß sie mit einem ordnungsgemäßen Verleihungsantrag konkurrieren können (Vgl. dazu § 17 LWG)¹⁾.

Neben dem Allgemeininteresse an der Nutzung des Wassers steht das Allgemeininteresse an der Gefahrenabwehr, an dem Schutz vor dem Wasser. So liegt es z.B. im öffentlichen Interesse, daß Wiesen- und Ackerboden, der für die landwirtschaftlichen Bedürfnisse einer Ortschaft unentbehrlich ist, nicht überschwemmt wird. Es besteht weiter ein Interesse daran, daß ein Gewässer etwa infolge der Abwasserbeseitigung keine Geruchsbelästigungen oder gar Gesundheitsgefahren mit sich bringt.

SZ²⁾ sind der Ansicht, daß im Rahmen des § 6 WHG

Aspekte des Wasserschutzes außer Betracht zu bleiben haben. Der ^{vom} Gesetzgeber des öfteren und in den verschiedensten Zusammenhängen benutzte Begriff des Allgemeinwohls könne immer nur nach dem jeweiligen gesetzlichen Anwendungsbereich ausgelegt werden. Sei der Begriff des Wohles der Allgemeinheit im Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushaltes verwandt worden, so dürfe^{er} auch nur Gesichtspunkte der Wasserwirtschaft umfassen. Aufgabe der Wasserwirtschaft sei es, das Wasser nach Menge und Güte für den menschlichen Gebrauch und Verbrauch zur Verfügung zu halten. Das Gemeinwohl werde daher

1) Ähnlich schon HKS, § 49, Anm. 2.

2) SZ, § 6, Rn. 7.

nur von derjenigen Benutzung betroffen, die bewirke, daß Wasser nach Menge und Güte nicht mehr in ausreichendem Maße dem menschlichen Gebrauch und Verbrauch zugeführt werden könne, mit anderen Worten, wenn diese dienende Funktion der Gewässer in irgendeiner Weise angerührt werde.

Dieser einschränkenden Auslegung des Allgemeinwohlbegriffs in § 6 WHG steht jedoch schon der Wortlaut der Bestimmung entgegen, die auf das Wohl der Allgemeinheit schlechthin verweist und nicht die Aufrechterhaltung einer geordneten Wasserwirtschaft als Maßstab für die Versagung der Bewilligung oder Erlaubnis setzt. Diesem weitgefaßten Wortlaut des § 6 WHG entspricht auch die Absicht des Gesetzgebers, die Wasserbehörde nicht nur auf die Wahrung wasserwirtschaftlicher Momente beschränken zu wollen. Vielmehr sollte die Wasserbehörde eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit auch in jeder anderen Hinsicht zu berücksichtigen haben¹⁾. Hinzukommt, daß sich ein weit gesteckter Umfang des Allgemeinwohlbegriffes auch in die wasserrechtliche Tradition einpaßt. So hat man z.B. unter dem Begriff "öffentliches Wohl" in § 49 des PrWG und "öffentliches Interesse" in § 41 Abs. 1 Nr. 2 a BadWG schon immer nicht nur spezifisch wasserrechtliche, sondern auch öffentliche Gesichtspunkte des Wasserschutzes gebracht²⁾. In diesem Sinne als einem unteilbaren Gesamtbegriff hat auch der heutige Landesgesetzgeber den Begriff des Wohles der Allgemeinheit aufgefaßt. In § 13 LWG hat er Auflagen- und Benutzungsbedingungen aufgeführt, die den Zweck haben, eine Zulassung zur Wasserbenutzung, die sonst aus Gründen des Wohles der Allgemeinheit

1) Vgl. BT-Drucks. 2072, S. 23.

2) Vgl. dazu HKS, § 49, Anm. 2; Schenkel, § 40, Anm. 7

versagt werden müsste, möglich zu machen. Die hier aufgeführten einzelnen Tatbestände, die Gesundheit der Bevölkerung, der Natur- und Landschaftsschutz, weisen darauf hin, daß nicht nur wasserwirtschaftliche Interessen im Sinne von SZ zu schützen sind, sondern auch Gesichtspunkte des Wasserschutzes im Rahmen des § 6 WHG Beachtung finden müssen¹⁾.

Der - wie dargelegt - weit gesteckte Rahmen des Allgemeinwohlbegriffes darf jedoch nicht dazu verleiten, auch kommunale oder wirtschaftspolitische Motivationen ins Spiel zu bringen. So darf die Behörde eine Bewilligung^{oder Erlaubnis} nicht mit der Begründung versagen, daß der Antragsteller seinen Bedarf bei der öffentlichen Wasserversorgung decken könne²⁾ oder daß die gewerbliche Wirtschaft in Zukunft durch ein gemeindliches Atomkraftwerk mit Energie versorgt werden könne. Dies folgt schon daraus, daß die Behörde nach allgemeinem Verwaltungsrecht nicht berechtigt ist, eine Amtshandlung nur deshalb zu verweigern, um damit den Antragsteller zu einem Handeln zu veranlassen, zu dem er nicht verpflichtet ist³⁾. Die Unzulässigkeit solcher Überlegungen ergibt sich aber auch unmittelbar aus § 6 WHG, da die Beeinträchtigung derartiger Interessen niemals tatsächliche Wirkung der beabsichtigten Benutzung sein kann, wie es in § 6 WHG verlangt wird.

1) Vgl. dazu LT-Drucks. 49, S. 243. Im Ergebnis für einen unteilbaren Gesamtbegriff GW, § 6 Anm. 7; Külz. S. 196 f.; Burghartz, § 6, Anm. 3; Rehder, NWG, § 8, Anm. 2.

2) Besteht in der Gemeinde ein Benutzungszwang, so wird die Bewilligung oder Erlaubnis allerdings schon im Hinblick auf § 7, § 8 Abs. 2, Nr. 2 WHG versagt werden müssen, da die Benutzung "keinen bestimmten Zweck" dienen kann, wenn feststeht, daß der Unternehmer die Wasserbenutzung wegen des Benutzungszwangs nicht ausüben kann (vgl. GW, § 6, Anm. 7).

3) BVerwGE 5, 29; Bachof, Verfassungsrecht, S. 254 f.

4. Begriff der Beeinträchtigung

Die Bewilligung und Erlaubnis sind zu versagen, soweit von der beabsichtigten Benutzung eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist (§ 6 WHG). Man könnte angesichts des Wortlautes dieser Bestimmung daran denken, daß die Versagung einer Bewilligung oder Erlaubnis nicht schon dann zulässig wäre, wenn es dem Wohl der Allgemeinheit nur förderlich wäre, zur Erreichung eines Optimalbestandes, sondern unter der erschwerenden Voraussetzung, daß eine Beeinträchtigung, d.h. Schädigung des Allgemeinwohls zu erwarten wäre, ein Minimalbestand also in Gefahr geraten würde.¹⁾ Eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit im Sinne des § 6 WHG könnte beispielsweise danach nicht angenommen werden, wenn eine zu erwartende förderungswürdige wirtschaftliche (industrielle) Entwicklung in einem bestimmten Bezirk durch eine beabsichtige Wasserbenutzung gestört werden würde. Auch könnte etwa eine Grundwassernutzung nicht deshalb versagt werden, um im Interesse der öffentlichen Wasserversorgung eine kostspielige Reinigung von Oberflächenwasser zu ersparen.

Ob der Gesetzgeber mit Hilfe der Wortfassung tatsächlich eine Einschränkung in diesem Sinne beabsichtigt hat, ist aus den Materialien ^{nicht} zu entnehmen. Wenn jedoch dem Begriff der Beeinträchtigung ein sachlicher Gehalt in diesem Sinne hätte zukommen sollen, so hätten die Materialien sicherlich zu diesem Punkt nicht geschwiegen. Aber auch im Hinblick auf die historische Entwicklung des § 6 WHG läßt sich eine solche Unterscheidung nicht rechtfertigen. Die Bestimmung des § 6 WHG geht sachlich auf die bisherigen Landeswassergesetze zurück (vgl. z.B. § 49 PrWG: "überwiegende Rücksichten des

1) So Salzwedel, Maßnahmen, S. 1144, jedoch ohne weitere Begründung.

öffentlichen Wohls", § 41 Nr. 2 a BadWG: "das öffentliche Interesse gefährden", Art. 32 Abs. 2 Satz 1 WürttWG: "das Gemeinwohl erheblich schädigen"). Bei der Anwendung dieser Bestimmungen hat man sich niemals allein auf die Wahrung eines Minimalbestandes beschränkt, sondern stets auch auf einen Optimalbestand hinzielende Überlegungen miteinbezogen¹⁾.

Auch kann nicht etwa aus der in den §§ 18 und 19 WHG gebrauchten Wendung: "..... wenn das Wohl der Allgemeinheit es erfordert" geschlossen werden, daß hier im Gegensatz zu § 6 WHG, wo von einer Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit die Rede ist, auch die Gesichtspunkte des Optimalbestandes an Gemeinwohl ins Spiel kommen können. Sowohl im Zuge eines Ausgleichsverfahrens (§ 18 WHG) wie auch bei der Festsetzung von Wasserschutzgebieten (§ 19 WHG) wird in die bestehenden Benutzungsbefugnisse der Beteiligten unter Umständen weit einschneidender eingegriffen, als es bei der bloßen Versagung erst begehrter, vorerst noch nicht bestehender Benutzungsberechtigungen der Fall ist. Wenn daher durch die unterschiedliche Wortfassung in § 6 WHG einerseits und in den §§ 18 und 19 WHG andererseits ein engerer und weiterer Begriffsinhalt überhaupt hätte zum Ausdruck gebracht werden sollen, so wären jene einschneidenden Eingriffe an weniger strenge Voraussetzungen gebunden als die vergleichsweise nicht so hart treffende Versagung bloß begehrter Benutzungsberechtigungen. Es ist kaum anzunehmen, daß diese Konsequenz dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Der Begriff der Beeinträchtigung ist deshalb im weitesten Sinne zu verstehen, nicht nur als ein mögliches Weniger gegenüber dem Minimalbestand, sondern als ein solcher, der auch bei Störungen

1) Vgl. dazu HKS, § 49, Anm. 2; Schenkel, § 40, Anm. 7; § 81 Abs. 2 Württ. Vollzugsverfügung zum Wassergesetz vom 16.11.01, RGBI S. 379.

von Entwicklungen zum Optimalbestand hin gegeben sein kann¹⁾.

Die Zurechnung der Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit ist nur möglich, wenn die Beeinträchtigung durch das Benutzungsunternehmen verursacht wird. Nach dem Ursachenbegriff der Logik und der Naturwissenschaften ist Ursache jede Bedingung, die zu dem Erfolg derart beigetragen hat, daß dieser Erfolg ohne die betreffende Bedingung nicht eingetreten wäre²⁾. Ist der Ursachenzusammenhang zwischen Benutzung und Beeinträchtigung in diesem Sinne ermittelt, so stellt sich die weitere Frage - eine Frage rechtlicher Wertung - dahin, ob man etwa im Rahmen des § 6 WHG als relevante Ursache nur diejenige Benutzung berücksichtigen will, die eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit unmittelbar und nicht erst mittelbar herbeiführt. Eine bloße mittelbare und nicht unmittelbare Verursachung wäre etwa in folgendem Fall gegeben: Auf dem Ufergelände wird Grundwasser zu Tage gefördert. Dadurch wird der Grundwasserspiegel gesenkt. In den Senkungstrichter tritt infolge durchlässiger Uferschichten Flußwasser ein. Die Mitförderung des Flußwassers führt zu einem Abfall des Wasserstandes im oberirdischen Wasserlauf. Dadurch wird der Lauf von Triebwerken oder auch die Bewässerung landwirtschaftlicher Grundstücke durch Rohrleitungen unmöglich gemacht. Eine mittelbare Folge läge ebenfalls dann vor, wenn Stoffe zunächst in einen Fluß eingeleitet werden, ohne darin Schaden anzurichten, aber später nach Einmündung in den Hauptfluß durch das Zusammenreffen mit anderen schädlichen Stoffen zu einer

1) Im Ergebnis wie hier auch Külz, S. 211 f.;
GW, § 6, Anm. 7; Krüger, Grundfragen, S. 40 ff.;
Witzel, § 6, Anm. 2.

2) Vgl. Esser, § 60, Anm. 2, S. 233.

für das Gemeinwohl nachteiligen Verunreinigung führen.

Der Wortlaut des § 6 WHG stellt allein auf den ursächlichen Zusammenhang der Benutzung und der Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit ab. Ausgehend davon, daß eine Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Folge im deutschen Recht im allgemeinen nicht heimisch geworden ist¹⁾, hätte der Gesetzgeber, wenn er dennoch eine solche Unterscheidung wollte, dies auch deutlich im Gesetz zum Ausdruck bringen müssen, wie es beispielsweise in § 47 Abs. 1 StAnpG geschehen ist. Hier sagt der Gesetzgeber ausdrücklich, daß es ihm nur auf eine unmittelbare Förderung der Allgemeinheit ankommt. Aber auch vom Schutzzweck der Norm her gesehen, läßt sich eine solche Trennung nicht rechtfertigen. Eines der Hauptanliegen des Gesetzgebers war es, die Belange des Wohles der Allgemeinheit zum umfassenden Maßstab aller Einwirkungen auf die Gewässer zu machen²⁾. Der Behörde sollte ein Höchstmaß an legitimen Motivationsmöglichkeiten übertragen werden³⁾. Dem entspricht die Tendenz, auch den Schutzbereich des § 6 WHG weit auszudehnen und deshalb im Rahmen dieser Bestimmung nicht eine Folgendifferenzierung zuzulassen, sondern auf die Vermeidung jeglicher Schädigung des Gemeinwohls, ganz gleich über welchen Weg, abzustellen⁴⁾.

Einen Hinweis für das nach § 6 WHG zu verlangende Ausmaß der Beeinträchtigung gibt zunächst das Gesetz selbst in den §§ 12 Abs. 1 und 15, Abs. 4 WHG.

1) Vgl. dazu auch Palandt, § 249, 5b, aa.

2) Vgl. BT-Drucks. 3536, S. 4.

3) Vgl. dazu Krüger, Grundfragen, S. 40.

4) Im Ergebnis wie hier auch SZ, § 6, Rn. 11.

Wird hierin eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit vorausgesetzt, so muß demgegenüber für § 6 WHG schon eine schlichte Beeinträchtigung ausreichen. Andererseits kann nicht schon jede geringfügige Störung durch den Begriff der Beeinträchtigung gedeckt sein. Auch hier muß der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit in einem erweiterten Sinn zur Anwendung kommen. Funktion der Gewässer als sog. öffentliche Sachen ist es, der Allgemeinheit in möglichst vielseitiger und nutzbringender Weise zu dienen. Die damit verbundene Beteiligung zahlreicher Personen an dem doch von Natur her begrenzten **Wasserschatz** führt zwangsläufig zu Kollisionen der verschiedenen auf das Wasser gerichteten Interessen. Es besteht deshalb Anlaß, das an sich jeder Interessenverfolgung innewohnende Gebot der tunlichen Rücksichtnahme auf andere Interessen hier besonders zu betonen. Zur Wahrung dieses Gebotes gehört, daß die am Wasser Beteiligten in Anbetracht der Mangellage gegenseitige Beeinträchtigungen in Kauf zu nehmen haben, solange sie unwesentlicher Natur sind. Dementsprechend hat auch die Behörde im Rahmen des § 6 WHG nicht ins Gewicht fallende Beeinträchtigungen von Allgemeininteressen außer Betracht zu lassen¹⁾.

5. Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung

Nach § 6 WHG sind die Bewilligung und Erlaubnis zu versagen, soweit von der beabsichtigten Benutzung eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist. Das Gesetz macht danach die Rechtsfolge der Versagung ausdrücklich von der Erwartung eines künftigen Tatsachenverlaufs abhängig. Die Behörde muß dementsprechend den voraussichtlichen

1) Vgl. hierzu auch 100. Koll., Ref. Gieseke, S.4.

künftigen Tatsachenablauf feststellen. Sie muß von den gegebenen Umständen auf die voraussichtlich eintretenden tatsächlichen Folgen der Benutzung schließen. Erst damit gewinnt sie die tatsächliche Grundlage für die Beurteilung, ob die Benutzung für das Allgemeinwohl nachteilig ist. Erst die voraussichtlichen künftigen Tatsachen sind Gegenstand der rechtlichen Beurteilung im Rahmen des § 6 WHG. In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, welcher Grad an Gewißheit für den Nachweis der künftigen Tatsachen zu fordern ist. Von vorneherein ausscheiden muß die Stufe der bloßen Möglichkeit. Eine nur möglicherweise eintretende Beeinträchtigung wird schon dem Sprachgebrauch folgend nicht "erwartet", wie es in § 6 WHG heißt. Die bloße Möglichkeit des Eintritts gewisser künftiger Tatsachen ist vielmehr angesprochen etwa mit dem Begriff der Geeignetheit, wie er in § 3 Abs. 2 WHG, nicht aber an dieser Stelle verwandt wird¹⁾. Dem Wortsinn des Begriffes "erwarten" entspricht dagegen ein höheres Maß an Gewißheit, das wenigstens der Stufe der Wahrscheinlichkeit gleichkommt.

Wahrscheinlich und nicht nur möglich ist eine Beeinträchtigung dann, wenn mehr Gründe für deren Herbeiführung als dagegen sprechen. Die Wahrscheinlichkeit läßt sich ihrem jeweiligen Grad nach staffeln bis zur Grenze der absoluten Sicherheit. Grob unterteilt kommt folgende Skala in Betracht: Die Beeinträchtigung kann mit Sicherheit, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, mit hoher Wahrscheinlichkeit oder mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein.

Schon bei dem gegenwärtigen und vergangenen Tatsachenablauf geht man davon aus, daß für dessen

1) Vgl. dazu oben, S. 20.

Nachweis eine absolute Sicherheit nicht zu verlangen ist, da sie praktisch nicht erreicht werden kann. Der Richter wie auch der Verwaltungsbeamte muß sich daher mit der "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" begnügen¹⁾. Erst recht können daher an den Nachweis künftiger Tatsachenverläufe keine höheren Anforderungen gestellt werden, da deren Feststellung eher mit nur geringerer Sicherheit praktisch möglich ist als die Aufklärung gegenwärtiger und vergangener Tatsachenzusammenhänge.

Dem Grad einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit entsprechen Ausdrucksweisen wie z.B.:
".... nachweist, daß" (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 des Gesetzes über das Apothekenwesen vom 20.8.1960),
" keine Aussicht , daß" (§ 42 Abs. 1 Satz 2 des Bundesbeamtengesetzes) oder auch eine bestimmt gehaltene Formulierung etwa derart, daß die Bewilligung zu versagen ist, wenn von der beabsichtigten Benutzung das Wohl der Allgemeinheit beeinträchtigt wird.

Vergleicht man diese Wortfassungen mit der Ausdrucksweise in § 6 WHG (".... soweit zu erwarten ist", daß), so kann man nicht umhin, in dieser Formulierung eine Abschwächung zu erblicken. Demzufolge sind die unter der "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" gelegenen Stufen - die hohe Wahrscheinlichkeit und die schlichte Wahrscheinlichkeit - hier näher in Betracht zu ziehen.

Einen Anhaltspunkt für die richtige Einordnung des § 6 WHG in eine dieser beiden Stufen gibt die Gesetzessprache in § 34 Abs. 1 WHG. Hier wird im Gegensatz zu § 6 WHG nicht von "erwarten" sondern von "besorgen" gesprochen. Grund dieser

1) Vgl. dazu Rosenberg, § 111, 2a, S. 538.

unterschiedlichen Wortwahl kann nur sein, daß der Gesetzgeber mit dem Wort "besorgen" eine weitere Abschwächung gegenüber dem Wort "erwarten", entsprechend auch dem Wortsinn beider Begriffe, zum Ausdruck bringen wollte. Allerdings geht die Abschwächung wiederum nicht so weit, daß schon die bloße Möglichkeit des Eintritts nachteiliger Folgen für das Vorliegen einer "Besorgnis" und damit des Tatbestandes in § 34 Abs. 1 WHG ausreicht. Vielmehr ist auch der Begriff "besorgen" im Sinne eines höheren Maßes von Möglichkeit aufzufassen. Andernfalls hätte der Gesetzgeber den in § 3 Abs. 2 WHG verwandten Begriff der Geeignetheit, der auf die bloße Möglichkeit abstellt¹⁾, auch hier gebraucht.

Danach ist der Begriff "besorgen" einerseits stärker als die bloße Möglichkeit; andererseits aber auch schwächer als der Begriff "erwarten", letzterer wiederum unter dem Grad der "an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit" liegt. Dementsprechend ist bei Einordnung in die obige Skala der Begriff "besorgen" mit der schlichten "Wahrscheinlichkeit" und der stärkere Ausdruck "erwarten" mit der "hohen Wahrscheinlichkeit" gleichzusetzen, um so dem Verhältnis beider Begriffe zueinander gerecht zu werden.

Im Ergebnis ist also eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten im Sinne des § 6 WHG, wenn infolge der Benutzungsausübung mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Tatsachenablauf zu erwarten ist, der eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit im Sinne des § 6 WHG ausmacht.

1) Vgl. oben, S. 20.

6. Interessenabwägung

a. Notwendigkeit und Gang der Interessenabwägung

Wie oben ¹⁾ dargelegt, kann das Interesse des Benutzers auch ein gewisses Element des Wohles der Allgemeinheit in sich tragen. Kollidiert nun die beabsichtigte Benutzungsausübung mit einem anderen schutzwürdigen Interesse, z.B. dem Interesse an der Wasserversorgung, so steht die Behörde vor zwei entgegengerichteten öffentlichen Interessen. Damit ist ihr die Aufgabe gestellt, das Überwiegende, d.h. das wertvollere öffentliche Interesse herauszufinden; denn nur eine Entscheidung, die durch das Überwiegende öffentliche Interesse gedeckt ist, entspricht letztlich dem Wohl der Allgemeinheit ²⁾. Mit anderen Worten: das Wohl der Allgemeinheit ist durch eine Benutzung nicht beeinträchtigt, solange noch Überwiegende Interessen der Allgemeinheit für die Benutzung sprechen.

Einer solchen Interessenabwägung bedarf es erst recht, wenn sich von vornherein rein öffentliche Interessen entgegenstehen. Gedacht sei etwa an die gemeindliche Abwassereinleitung auf der einen und die Reinhaltung eines öffentlichen Naturschutzparkes auf der anderen Seite. So hatte denn auch der Bundesrat ³⁾ vorgeschlagen, in § 6 WHG ausdrücklich zu erklären, daß nur den Überwiegenden Belangen der Allgemeinheit der Vorrang zukomme, wenn verschiedenartige Interessen des Ge-

1) S. 132.

2) Vgl. hierzu Dürig, Voraussetzungen, S. 79; Wolff, S. 131, 133.

3) BT-Drucks. 2072, Anl. 2, S. 40.

meinwohls miteinander in Widerstreit stehen. Die Bundesregierung ist der Anregung nicht gefolgt, da sie den vorgeschlagenen Zusatz der Sache nach für selbstverständlich hielt 1) 2).

Zum Zwecke der Interessenabwägung sind zunächst die Vergleichsmaßstäbe klarzustellen, anhand deren die Interessenlagen zu bewerten sind 3). Soweit bei der Anlegung der Maßstäbe an den konkreten Sachverhalt Wertungsfragen eine Rolle spielen, steht der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu 4). Die Abmessung des Sachverhaltes ergibt in der Regel ein Überwiegen des einen oder anderen Interesses etwa nach Gegenstandswert an sich, Dringlichkeit oder Beteiligtenstellung. Damit sind Vorzugstendenzen für die eine oder andere Interessenlage gewonnen. So wie die Einzelumstände zusammen eine Gesamtsituation bilden, so ergeben die Vorzugstendenzen durch ihr Zusammenwirken die Gesamtentscheidung. Zwar läßt sich die Überwiegende Interessenlage nicht dadurch feststellen, daß die Vorzugstendenzen auf jeder Seite wie Rechnungsposten addiert werden. Vielmehr sind die einzelnen Vorzugstendenzen ihrer Wirkungsstärke nach, die sie auf den Menschen ausüben, gegeneinander abzu-

1) BT-Drucks. 2072, Anl. 3, S. 46.

2) Vgl. hierzu auch § 17 Satz 1 LWG, wonach es für den Fall, daß Anträge auf eine Benutzungsberechtigung zusammentreffen, auf die (überwiegende) Bedeutung der beabsichtigten Benutzung für das Wohl der Allgemeinheit ankommen soll. In § 17 Satz 1 ist darüber hinaus auch auf die Bedeutung der Benutzung für die Volkswirtschaft abgestellt, obwohl Gesichtspunkte der Volkswirtschaft an sich schon solche des Wohles der Allgemeinheit sind. Sinn dieser Herausstellung der volkswirtschaftlichen Interessen ist es, das Augenmerk der Verwaltung besonders auf die volkswirtschaftliche Bedeutung der Benutzung hinzulenken.

3) Vgl. dazu unten, S. 147ff., wo einige wesentliche Vergleichsmaßstäbe herausgestellt sind.

4) Vgl. oben, S. 120 f.

wägen ¹⁾. Da es sich auch bei der Findung der Gesamtentscheidung um Rechtsanwendung handelt, ist nicht das Gutdünken der Behörde maßgebend, vielmehr sind Basis der Abwägung die objektiv gegebenen gesellschaftlichen, kulturellen oder wirtschaftlichen Wertmaßstäbe ²⁾. Das schließt jedoch nicht aus, daß in Grenzfällen auch insoweit die sachverständige Eigenwertung der Behörde anzuerkennen ist (Beurteilungsspielraum).

b. Einzelne Vergleichsmaßstäbe

Als Vergleichsmaßstab für die Interessenbewertung bietet sich zunächst der objektive Wert des Interessengegenstandes in abstracto an, d.h. losgelöst von seiner Stellung im konkreten Fall ³⁾. Anhaltspunkt für die abstrakte Wertabstufung der Interessengegenstände ist in erster Linie das im Gesetz zum Ausdruck gekommene Rangverhältnis der Interessenobjekte.

Eine Vorzugsstellung gegenüber anderen Objekten des öffentlichen Interesses kommt vor allem der öffentlichen Wasserversorgung zu. Der Gesetzgeber hat an mehreren Stellen des Gesetzes (vgl. die §§ 6, 12, 18 WHG) die öffentliche Wasserversorgung neben dem Gesamtbegriff des Wohles der Allgemeinheit durch das Wort "insbesondere" herausgehoben. Dadurch hat er zu erkennen gegeben, daß er der öffentlichen Wasserversorgung jedenfalls in der abstrakten Rangordnung der Interessenobjekte den ersten Platz einräumt, was aber naturgemäß nicht

1) Vgl. Hubmann, S. 133.

2) Vgl. dazu Ule, Anwendung, S. 324; Nipperdey, Bd. I, § 51, Anm. 6.

3) Vgl. dazu Hubmann, S. 89 ff., S. 97 ff.

ausschließt, daß im konkreten Fall auch ein entgegenstehendes Interesse wegen anderer Vorzugstendenzen überwiegen kann ¹⁾.

Einen Hinweis für die weitere Wertabstufung der sonstigen Allgemeininteressen, die den Interessen der öffentlichen Wasserversorgung in der abstrakten Rangfolge nachgeordnet sind, gibt die Reihenfolge der in § 13 I LWG aufgeführten Allgemeingüter. Zwar läßt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen, daß mit der gewählten Folge auch eine unterschiedliche Bewertung der einzelnen Interessengebiete zum Ausdruck gebracht werden soll. Sieht man jedoch einmal von der an erster Stelle genannten Ordnung des Wasserhaushaltes ab, so läßt sich in die darauffolgende Aufzählung ohne Zwang ein Wertgefälle hineinlegen ²⁾. Daß sich dieses Wertgefüge mit der Absicht des Gesetzgebers deckt, liegt um so näher, als andere Ordnungsprinzipien nicht erkennbar sind und auch von einer alphabetischen Anordnung, wie sie sich etwa in § 13 Abs. 1 WG NRW findet, Abstand genommen wurde. Gar eine willkürliche Aufzählung hier anzunehmen, hieße aber nicht weniger, als dem Gesetzgeber zumindest Gedankenlosigkeit zu unterstellen.

1) Vgl. hierzu Külz, S. 215; GW § 6, Anm. 8; Rehder, NWG, § 8, Anm. 3; Burghartz, § 6, Anm. 4.

2) Wenn hier die Ordnung des Wasserhaushaltes vorangestellt ist, so läßt sich dies einleuchtend mit dem Willen des Gesetzgebers erklären, vorab ein generelles Kriterium für Benutzungsbedingungen und Auflagen hervorzuheben (vgl. hierzu Burghartz, WG NRW, § 13, Anm. 1). Die Ordnung des Wasserhaushaltes an sich stellt keinen Eigenwert dar. Sie geschieht vielmehr um der potentiellen oder aktuellen Benutzerinteressen willen, nach deren Werthaftigkeit sich die Ordnung des Wasserhaushaltes ausrichten soll.

Soweit dem Gesetz eine Rangfolge der Interessengüter nicht zu entnehmen ist, kann als Faustregel gelten, daß nach allgemeiner Anschauung die mehr zivilisatorisch bedingten Interessenobjekte, z.B. die Elektrizitätsversorgung, Abwasserbeseitigung, den rein materiell wirtschaftlichen Werten vorzuziehen sind¹⁾. Stehen sich schließlich allein volkswirtschaftliche oder überhaupt kapitalisierungsfähige Interessenobjekte gegenüber, so bildet der in Geld ausdrückbare objektive Vermögens- oder Kapitalwert einen Bewertungsfaktor.

Ein anderer Vergleichsmaßstab ist der Grad der Dringlichkeit einer Benutzung. Stehen sich z.B. das Interesse der Bevölkerung eines bestimmten Gebietes an der Elektrizitätsversorgung und an der Wasserversorgung gegenüber, so kann das Interesse an der Zulassung der Benutzung zum Zwecke der Stromversorgung vordringlicher sein, da andernfalls ein Minimalbestand an Elektrizitätserzeugung in Gefahr geraten würde, während andererseits bei Nichtzulassung dieser Wassernutzung auf dem Sektor der öffentlichen Wasserversorgung nur eine Entwicklung zum Optimalbestand hin ungestört fortgeführt werden könnte. Das wäre etwa der Fall, wenn z.B. die öffentliche Wasserversorgung bisher eine besonders gute Wasserqualität in Anspruch genommen hat, die aber für ihre Zwecke nicht unbedingt erforderlich war.

Des weiteren lassen sich die Interessenlagen nach den gegebenen Ausweichmöglichkeiten bewerten. Die Seite, deren Interessenlage am ehesten ein Ausweichen gestattet, deren Berücksichtigung ist dementsprechend auch weniger dringlich. Liegen

1) Ähnlich Hubmann, S. 101.

z.B. das öffentliche Interesse an der Abwasserbeseitigung und das Interesse an der Wasserversorgung in Widerstreit, so kann das Interesse an der Abwassereinleitung höher zu bewerten sein, wenn die öffentliche Wasserversorgung vom Oberflächenwasser auf das Grundwasser ausweichen kann. Welche Interessenseite am ehesten die Wahl eines anderen Weges hat, wird sich z.B. auch nach den Kosten der Umstellung, nach den jeweiligen Rentabilitätseinbußen oder auch nach dem Stärkegrad der Ortsgebundenheit richten.

Auch die Interessenhäufung kann bewirken, daß der einen oder anderen Seite ein Vorzug zu geben ist. Hier kommt schon allein der Zahl der Interessenträger eine gewisse Bedeutung zu. Es leuchtet ein, daß die Interessen der Bewohner eines Landkreises den Vorrang haben gegenüber den Interessen der Einwohner einer kleineren Gemeinde. Darüber hinaus spielt aber auch die Häufung sachlicher Interessen eine Rolle. So kann etwa zu dem Interesse an der Gewässerbenutzung noch das Interesse an der Ausnutzung des Gewässer Eigentums hinzutreten. Beispielsweise wird das Interesse an der Abwassereinleitung dadurch verstärkt, daß die Einleitung in ein dem Benutzer gehörendes Gewässer erfolgen soll und deshalb auf seiner Seite auch das Interesse an der Verwertung des Eigentums beteiligt ist. Dieser Gedanke findet seinen Ausdruck auch in § 17 Satz 1 LWG, wo für den Fall des Zusammentreffens von Anträgen auf Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung, die sich gegenseitig ausschließen, dem Gewässereigentümer eine gewisse Vorzugsstellung eingeräumt ist.

Einen weiteren Maßstab für die Bewertung von Interessenlagen gibt der allgemeine Grundsatz der Priorität ab. Dieser Grundsatz ist althergebracht¹⁾. Nach ihm wird im täglichen Leben verfahren und er hat auch in einer Reihe von Bestimmungen des bürgerlichen Rechts (vgl. §§ 519 Abs. 2, 659 BGB, § 804 Abs. 3 ZPO, § 4 Abs. 2 Patentgesetz) und des öffentlichen Rechts (vgl. § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 und Abs. 5 des Telegrafengesetzes vom 18.12.1899²⁾, § 17 Satz 1 LWG, §§ 10 Abs. 3, 21 Abs. 1 der Verordnung über das Schornsteinfegergewerbe vom 28.7.1937³⁾) eine positive Regelung gefunden⁴⁾. Dem Prioritätsgrundsatz zufolge kommt insbesondere den schon bestehenden Benutzungsunternehmen ein Vorrang gegenüber dem erst geplanten Benutzungsplan zu.

II. Grundwasserschädigung

Entsprechend der großen Bedeutung des Grundwassers für die Wasserversorgung hat der Gesetzgeber in § 34 Abs. 1 WHG bestimmt, daß eine Bewilligung oder Erlaubnis für das Einleiten von Stoffen in das Grundwasser nur erteilt werden darf, wenn eine schädliche Verunreinigung des Grundwassers oder eine sonstige nachteilige Veränderung seiner Eigenschaften nicht zu besorgen ist. Hiernach führt jede nachteilige Veränderung des Grundwassers zu einer Versagung der Bewilligung oder Erlaubnis - eine Abwägung mit entgegenstehenden Interessen,

1) Vgl. Sachsenspiegel II, 59, 4: Wer zuerst kommt, mahlt zuerst.

2) RGBl S. 705.

3) RGBl I, S. 831.

4) Vgl. zum Prioritätsgrundsatz BayVGH in BayVBl 1962, S. 322; Weides, S. 64.

wie es im Rahmen des § 6 WHG erforderlich wäre, scheidet von vornherein aus.

Statt "erwarten" wie in § 6 WHG wird hier das Wort "besorgen" gebraucht. Beide Begriffe unterscheiden sich zunächst dem Wahrscheinlichkeitsgrad nach voneinander ¹⁾. Überdies ist in § 6 WHG positiv gefaßt, was hier in negativer Form gesagt ist (".... nicht zu besorgen ist"). Das ist für die Beweislast nicht ohne Belang. Obwohl es wegen der Officialmaxime im Verwaltungsverfahren eine Beweislast im Sinne von Beweisführungspflicht nicht gibt, spielt dennoch die Beweisfrage insofern eine Rolle, als es auch hier ein "non liquet" geben kann und dennoch eine Entscheidung zur Sache ergehen muß. Wenn deshalb gesagt ist, daß eine Bewilligung oder Erlaubnis zu versagen ist, wenn von der beabsichtigten Benutzung eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist, so ist Beweisthema eine zu erwartende Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit mit der Folge, daß ein non liquet zum Vorteil des Antragstellers gereicht ²⁾. Wird dagegen negativ formuliert, wie in § 34 Abs. 1 WHG, daß eine Benutzungsberechtigung nur erteilt werden darf, wenn eine Schädigung des Grundwassers nicht zu besorgen ist, so ist Beweisthema eine nicht zu besorgende Beeinträchtigung des Grundwassers mit der Wirkung, daß ein Zweifel zu Lasten des Antragstellers geht.

1) Vgl. oben, S. 143 f.

2) So im Ergebnis auch Krüger, Grundfragen, S. 23.

III. Zusätzliche Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung

1. Bedürfnis an einer gesicherten Rechtsstellung

Die Möglichkeit, eine Bewilligung zu erlangen, ist gegenüber der Erlaubnis nach Maßgabe des § 8 Abs. 2 WHG eingeschränkt. So darf die Bewilligung gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 WHG nur erteilt werden, wenn dem Unternehmer die Durchführung seines Vorhabens ohne eine gesicherte Rechtsstellung nicht zugemutet werden kann. Der Begriff der Nichtzumutbarkeit in § 8 Abs. 2 Nr. 1 WHG ist ein sog. unbestimmter Gesetzesbegriff ¹⁾. Soweit bei seiner Anwendung Wertungsfragen eine Rolle spielen, steht der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu, wie es für das Wesen des unbestimmten Rechtsbegriffes im Unterschied zum Ermessen kennzeichnend ist.

Die Zumutbarkeit ist schon ihrem Wortsinn nach allein auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmers abzustellen. Diese privatwirtschaftliche Zumutbarkeit ist zu trennen von allgemeinerwirtschaftlichen Gesichtspunkten. Letztere kommen nicht bei § 8 Abs. 2 Nr. 1 WHG, sondern nur im Rahmen des § 6 WHG zur Sprache. Dem Verwaltungsgericht Hannover ²⁾ kann deshalb nicht zugestimmt werden, wenn es bei der Prüfung der Zumutbarkeit die zukünftigen Bedürfnisse der öffentlichen Wasserversorgung den Gesichtspunkten gegenüberstellt, die dem Antragsteller eine Bewilligung für notwendig erscheinen lassen. Wie das OVG Lüneburg ³⁾

1) Wolff, S. 142; Forsthoff, S. 79; vgl. auch oben, S. 119 f.

2) Zeitschrift für Wasserrecht, 1963, Sonderheft, S. 50.

3) GWF 1964, S. 541.

später festgestellt hat, können derartige Überlegungen allgemein wasserwirtschaftlicher Natur bei der Anwendung des § 8 Abs. 2 Nr. 1 WHG nicht Platz greifen.

Mit der gesicherten Rechtsstellung, auf die § 8 Abs. 2 Nr. 1 WHG für die Frage der Zumutbarkeit abstellt, ist diejenige gemeint, die das WHG und das LWG mit der Bewilligung im Unterschied zur Erlaubnis verbinden. Maßgebend ist also, ob dem Unternehmer die Durchführung seines Vorhabens auch ohne die relativ stärkere Rechtsstellung der Bewilligung zugemutet werden kann.

Kommt es auf die mit der Bewilligung gegenüber der Erlaubnis verbundene relative Besserstellung an, so ist einerseits zu beachten, daß auch die Bewilligung im Vergleich zur widerruflichen Erlaubnis nicht schlechthin gegen hoheitliche Eingriffe gesichert ist. Die Bewilligung steht unter dem Vorbehalt nachträglicher Schutzmaßnahmen (§ 5 WHG), zugunsten Dritter können spätere Auflagen festgesetzt werden (§ 10 WHG), und das Benutzungsrecht kann schließlich auch im Wege des Ausgleiches beschränkt werden (§ 18 WHG). Andererseits ist zu berücksichtigen, daß die Erlaubnis durch den Landesgesetzgeber der Bewilligung stark angenähert worden ist. Dritte können wie im Bewilligungsverfahren Einwendungen gegen ihre Erteilung geltend machen (§ 15 Abs. 1 LWG), und, einmal zugesprochen, schließt sie in entsprechender Anwendung des § 11 WHG zivilrechtliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche aus ¹⁾. Auch die privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Schutzmöglichkeiten des Erlaubnisinhabers unterscheiden

1) Vgl. oben, S. 69 ff.

sich wenig. Zwar sind nur auf die Bewilligung die Eigentumsvorschriften entsprechend anwendbar (§ 14 LWG), aber auch dem Erlaubnisinhaber wird ein gewisser zivilrechtlicher Schutz dadurch zuteil, daß er sich weitgehend auf die Verletzung von Schutzgesetzen berufen kann ¹⁾. Die mit der Bewilligung verbundene gesicherte Rechtsstellung hebt sich also allein dadurch von der Erlaubnis deutlich ab, daß sie nur unter erschwerten Voraussetzungen zurückgenommen werden kann (§ 12 WHG), und daß eine vorzeitige Aufhebung in der Regel eine Entschädigungspflicht auslöst (§ 12 Abs. 1 WHG).

Für die Frage der Zumutbarkeit kommt es deshalb maßgeblich darauf an, welche Folgen ein entschädigungsloser Widerruf der Erlaubnis haben würde, wie stark der Unternehmer durch eine solche Maßnahme wirtschaftlich belastet würde. Einen Anhaltspunkt für die Beurteilung dieser Fragen wird etwa das für die Durchführung des Vorhabens zu investierende Kapital bieten ²⁾. Dabei ist nicht nur auf die Kosten der Wasserbenutzung selbst abzustellen, z.B. auf die Kosten der Pumpanlage, sondern auch auf die Kosten des von der Gewässerbenutzung unmittelbar abhängigen Vorhabens, z.B. auf die Kosten der Einrichtungen, die notwendig sind, um das entnommene Wasser für Kühlzwecke zu verwenden. Um die Belastung des Unternehmers richtig einschätzen zu können, reicht die absolute Höhe dieser jeweiligen Investitionskosten aber noch nicht aus; vielmehr ist der Kapitalaufwand zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmers in Beziehung zu setzen. Für die

1) § 823 Abs. 2 BGB, vgl. oben, S. 106 ff.

2) Vgl. BT-Drucks. 2072, S. 24.

Beurteilung dieser Relation ist maßgeblich, ob der Unternehmer das Vorhaben ohne weiteres aus verfügbaren Barmitteln finanzieren kann, oder ob erst Fremdkapital aufgenommen werden muß, ob das Vorhaben nur einen verhältnismäßig geringen Umfang im Verhältnis zu der sonst für die finanzielle Struktur und Lage des Unternehmens maßgebenden Faktoren hat, und innerhalb welchen Zeitraums die Kapitalkaufwendungen für das Vorhaben durch Abschreibungen getilgt werden können ¹⁾.

Die Entscheidung über die Zumutbarkeit i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 WHG hängt weiter davon ab, inwieweit der Benutzer im Falle eines Widerrufs der Erlaubnis auf andere wasserwirtschaftliche Möglichkeiten ausweichen kann und dadurch die Investitionen in das von der Benutzung unmittelbar abhängige Vorhaben in ihrem Wert erhalten kann. So ist zu fragen, ob sich der Benutzer notfalls an eine öffentliche Wasserversorgung anschließen kann, statt selber Wasser zu entnehmen, oder ob er gegebenenfalls seine Abwässer auch in ein anderes Gewässer einleiten kann.

Die Möglichkeit, seinen Wasserbedarf auch aus der öffentlichen Wasserversorgung decken zu können, kann dem Antragsteller jedoch dann nicht entgegengehalten werden, wenn das Wasser aus der öffentlichen Wasserversorgung nach Menge und Güte den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Unternehmers nicht genügen kann - dies auch dann nicht, wenn der Unternehmer, beispielsweise eine Brauerei, auf eine besonders gute, nicht unbedingt erforderliche Qualität etwa des Brauwassers Wert legt, um auf diese Weise seine Position gegenüber der Konkurrenz zu halten oder gar zu

1) Vgl. dazu BVerwG in NJW 1965, 1681.

verbessern. Die Behörde hat nur zu prüfen, ob dem Unternehmer die Durchführung des ins Auge gefaßten Vorhabens, so wie es - aus welchen Gründen auch immer - geplant ist, ohne gesicherte Rechtsstellung zugemutet werden kann. Sie hat nicht darüber zu befinden, ob das Vorhaben etwa unter weniger anspruchsvollen Bedingungen auch ohne die relativ stärkere Rechtsstellung der Bewilligung zumutbar ist ¹⁾.

2. Bestimmter Plan

Neben der Notwendigkeit einer gesicherten Rechtsstellung verlangt das Gesetz in § 8 Abs. 2 Nr. 2 WHG, daß der Benutzungszweck nach einem bestimmten Plan verfolgt wird. Der Plan soll nach dem Willen des Gesetzgebers die technische Gestaltung der Benutzung aufzeigen ²⁾. Nur auf die technische Seite bezieht sich deshalb der Ausdruck "Plan", so daß Angaben über die Wirtschaftlichkeit oder die finanziellen Grundlagen des Benutzungsunternehmens auf Grund des § 8 Abs. 2 Nr. 2 WHG nicht verlangt werden können.

Der Plan muß erkennen lassen, in welcher Weise die Benutzung und die Verfolgung des Benutzungszweckes technisch verwirklicht werden sollen. Auf diese Weise ist der Wasserbehörde ein zuverlässiger Anhalt für die Beurteilung des Benutzungsunternehmens, etwa seines Wasserbedarfes oder seiner voraussichtlichen Einwirkungen auf die mengen- und gütemäßigen Verhältnisse des Gewässers, an

1) Vgl. auch BVerwG in NJW 1965, 1681.

2) BT-Drucks. 2072, S. 24.

die Hand gegeben. Da der Plan als Entscheidungsgrundlage dienen soll, braucht sein Inhalt und Umfang auch nur insoweit ausgestaltet zu sein, als es für die behördliche Entscheidung von Interesse ist. Nur soweit der Zweck der Benutzung bei Erteilung der Bewilligung von Bedeutung ist ¹⁾, muß deshalb auch der Plan in technischer Hinsicht Mittel und Wege zur Erreichung dieses Zweckes angeben. Bis zu dieser Grenze muß der Plan aber auch stets ausgereift sein. Denn das Verlangen nach einem Plan soll vor allem auch verhindern, daß in spekulativer Absicht Bewilligungsanträge für Vorhaben gestellt werden, die technisch noch nicht genügend bestimmt sind ²⁾.

IV. Umfang des Entschließungsermessens

Für den Fall, daß die Bewilligung und Erlaubnis nicht schon nach einer der vorausgehend behandelten zwingenden Vorschriften versagt werden müssen, steht der Behörde noch ein Entschließungsermessen darüber zu, ob sie die Benutzungsberechtigung erteilen will oder nicht ³⁾.

Kennzeichnend für eine Ermessensbetätigung ist die Abwägung der Gründe, die für oder gegen die zur Wahl gestellten Verhaltensweisen sprechen ⁴⁾. Gründe des öffentlichen Wohls, die sich gegen eine

1) Vgl. oben, S. 55 ff.

2) Vgl. GW, § 8, Anm. 8.

3) Vgl. oben, S. 113 f.

4) Vgl. Obermayer, S. 1181.

geplante Benutzung richten, sind jedoch von der Behörde schon bei der Prüfung der Versagungsvorschriften zu berücksichtigen. Die weit gefaßte Bestimmung des § 6 WHG bildet hier insofern einen Auffangstatbestand, als alle Belange des Allgemeinwohls, die nicht schon in einer anderen zwingenden Versagungsvorschrift zum Ausdruck gebracht sind, und deren Beeinträchtigung zu erwarten ist, bei seiner Anwendung Beachtung finden müssen. Soweit aber Gesichtspunkte des Wohles der Allgemeinheit bereits bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen waren, können sie nicht nochmals bei der Ausübung des Ermessens in Betracht kommen. Die Berücksichtigung solcher Faktoren, die von der Anwendung des § 6 WHG mitumfaßt werden, ist mit der Beantwortung der Frage, ob eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist, abgeschlossen. Die Behörde kann einzelne Gesichtspunkte dieser Art im Rahmen der Ermessensausübung nicht nochmals heranziehen und ihnen an dieser Stelle etwa eine andere Beurteilung geben - diesmal auf Grund eigenen Gutdünkens der Behörde¹⁾.

Ebensowenig kann die Behörde ihr Entschließungs-
ermessen dazu verwenden, um auch die rein privaten
Interessen anderer, die von der geplanten Benutzung
betroffen werden, von Amts wegen zu berücksichtigen.
Dem steht nicht nur entgegen, daß die Behörde
grundsätzlich nur die öffentlichen Interessen zu
wahren verpflichtet ist, und sie deshalb allein
um der privaten Interessen willen im allgemeinen
nicht tätig werden darf; dem widerspricht vielmehr
auch die Tatsache, daß der bloße Schutz des einzelnen
seine besondere Regelung in den §§ 8 Abs. 3

1) Vgl. dazu BVerwG in DÖV 1964, S. 385;
BverwGE 15, 211.

WHG, 15 Abs. 1, 16 LWG gefunden hat. Schon in Anbetracht dessen besteht für die Behörde kein Grund, den Betroffenen darüber hinaus auch von Amts wegen zu schützen. Insoweit tragen die genannten Bestimmungen Ausschließlichkeitscharakter - die rein privaten Belange werden nur berücksichtigt, wenn der Betroffene Einwendungen erhebt ¹⁾.

Der Raum für die Ausübung des Entschließungs-
ermessens ist somit weitgehend eingeschränkt.
Zu einer Abwägung im Rahmen des Entschließungs-
ermessens kommt es praktisch nur dann, wenn eine
Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit
nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten
ist, wie es § 6 WHG verlangt ²⁾, sondern dessen
Störung bloß wahrscheinlich ist. Die Behörde wird
daraufhin eine Bewilligung oder Erlaubnis versagen
können, wenn nicht ein überwiegendes öffentliches
Interesse an der Benutzung besteht. Die vollstän-
dige Versagung der Benutzungsberechtigung bei
bloßer Wahrscheinlichkeit, erst recht aber bei
der nur entfernten Möglichkeit, daß die Zulas-
sung zu einer Beeinträchtigung des Wohles der
Allgemeinheit führt, kann jedoch im Einzelfall
schon wieder einen Verstoß gegen das Übermaß-
verbot bedeuten. Im übrigen bleibt der Behörde
nur noch für das "Wie" der Bewilligungs- und Er-
laubniserteilung, beispielsweise bei der Auflagen-
setzung (vgl. § 4 WHG), ein ausnutzbarer Ermes-
sensspielraum offen.

1) Wie hier auch GW, § 8, Anm. 9.

2) Vgl. oben, S. 141 ff.

D. Auf Grund von Einwendungen zu berücksichtigende Versagungsgründe

I. Überblick

Die Entscheidung über die Erteilung einer Bewilligung oder Erlaubnis ergeht in einem förmlichen Verfahren (§ 109 Abs. 1 Nr. 1 und 2 LWG). In diesem Verfahren können diejenigen Einwendungen erheben, deren Rechte durch die geplante Benutzung nachteilig beeinträchtigt werden (§ 8 Abs. 3 WHG, § 15 Abs. 1 LWG), und zum anderen jene, die sonst tatsächliche Nachteile von der beabsichtigten Benutzung zu erwarten haben (§ 8 Abs. 4 WHG i.V.m. § 16 LWG). Die nachteiligen Wirkungen der beabsichtigten Benutzung sind durch Auflagen oder Benutzungsbedingungen zu verhüten oder auszugleichen. Ist das nicht möglich, so kann über die tatsächliche Beeinträchtigung Dritter schon hinweggegangen werden, wenn der aus der beabsichtigten Benutzung zu erwartende Nutzen den für den Betroffenen zu erwartenden Nachteil erheblich übersteigt, während eine Rechtsbeeinträchtigung nur übergangen werden kann, wenn die Benutzung aus Gründen des Wohles der Allgemeinheit erforderlich ist (vgl. dazu § 16 Abs. 2 LWG, § 8 Abs. 3 Satz 2 WHG).

II. Beeinträchtigung von Rechten Dritter

1. Allgemeines

Zu Einwendungen gemäß § 8 Abs. 3 WHG ist derjenige berechtigt, auf dessen Recht die Benutzung nachteilig einwirkt. Da der Begriff "Recht" uneingeschränkt verwandt wird, macht es grundsätzlich kei-

nen Unterschied, ob es sich um ein privates oder öffentliches, um ein absolutes oder relatives Recht handelt. Für diese Auslegung spricht auch der Zusammenhang mit § 50 Abs. 1 Satz 1 PrWG¹⁾; denn schon zu jener Zeit wurde der Begriff "Recht" in weitestem Sinne verstanden, einschließlich privater und öffentlicher sowie dinglicher und persönlicher Rechte²⁾. Hätte der neuere Gesetzgeber von dieser Auffassung abweichen wollen, so hätte er sicher eine einschränkende Ausdrucksweise gegenüber § 50 Abs. 1 Satz 1 PrWG gewählt^{3) 4)}.

- 1) "Sind von der beabsichtigten Benutzung des Wasserlaufs nachteilige Wirkungen zu erwarten, durch die das Recht eines anderen beeinträchtigt werden würde....."
- 2) HKS, § 50, Anm. 3; Bergdolt, S. 49.
- 3) Wie hier die heute allgemeine Meinung; vgl. GW, § 8, Anm. 10; Burghartz, § 8, Anm. 4; Feldt, § 18, Anm. 5; Kübler, S. 728.
- 4) Vom Zivilrecht her gesehen stößt man sich auf den ersten Blick daran, auch ein persönliches Recht unter § 8 Abs. 3 WHG fallen zu lassen und damit anzuerkennen, daß ein solches Recht gegebenenfalls auch von dritter Seite verletzt werden kann. Denn nach bürgerlichem Recht kann eine Forderung durch Dritte nicht verletzt werden; die Forderungsverletzung als solche ist auch niemals eine unerlaubte Handlung. Grund dieser Annahme ist einmal, daß die Forderungsverletzung an anderer Stelle des BGB speziell und grundsätzlich abweichend von der deliktischen Haftung geregelt ist, und zum anderen, daß sich das obligatorische Recht nur gegen den Schuldner und nicht gegen Dritte richtet im Sinne eines absoluten Rechts, wie es Voraussetzung für § 823 Abs. 1 BGB ist. Damit ist jedoch nur gesagt, daß eine Forderung von Dritten de iure (nach BGB) nicht verletzt werden kann (vgl. hierzu Erman, § 823, Anm. 7 b; Lehmann, § 234, I, 1 d, S. 943 f.). Faktisch können dagegen Forderungsrechte auch von dritter Seite dadurch verletzt werden, daß die Leistungsverpflichtung des Schuldners, auf die sich das Recht des Gläubigers bezieht, im Wert gemindert oder gar zunichte gemacht wird, mit der Wirkung, daß ein dem Inhalt der Leistungs-

Fortsetzung: nächste Seite

Es muß zu erwarten sein, daß die Benutzung auf das Recht eines anderen einwirkt. Infolge der Benutzungsausübung muß dementsprechend mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Tatsachenverlauf zu erwarten sein, der unmittelbar oder mittelbar grundsätzlich nachteilige Einwirkungen auf die Rechte Dritter mit sich bringt ¹⁾. Da nur die Folgen einer Benutzung zu Einwendungen berechtigen können, ist hier kein Raum für die Behandlung solcher Rechtseingriffe, die zum Zwecke der Aufnahme des Benutzungsunternehmens - als Vorbedingung der Benutzungsausübung - erforderlich sind. Soweit keine gesetzlichen Duldungspflichten bestehen, kommt für diese Fälle das Zwangsrechtsverfahren zur Anwendung ²⁾.

Die Benutzung des Gewässers selbst muß die Ursache sein. Es kommen deshalb solche Schädigungen nicht in Betracht, die etwa ein Industriebetrieb, dessen Zwecken die Benutzung des Gewässers dient, sonst noch für Dritte, beispielsweise infolge von Rauchschwaden, Gerüchen, Erschütterungen oder gar aus Konkurrenzgründen herbeiführen kann.

Das Gesetz verlangt in § 8 Abs. 3 WHG eine nachteilige Einwirkung auf das Recht des Betroffenen. Wie schon im Rahmen des § 6 WHG, so kommt auch hier der Grundsatz der Gemeinverträglichkeit in

Fortsetzung der Fußn. 4) von Vorseite:

pflicht entsprechender Zustand vom Schuldner nicht mehr oder nicht mehr so wie erwartet hergestellt werden kann. Eine solche Beeinträchtigung kann etwa darin bestehen, daß der Dritte den Leistungsgegenstand zerstört oder beschädigt - konkreter gesagt, daß ein Land- oder Ufergrundstück, das Gegenstand eines Pachtvertrages ist, als Folge der Benutzung überschwemmt und dadurch unbrauchbar wird. In diesem Sinne ist im Rahmen des § 8 Abs. 3 WHG die Beeinträchtigung eines relativen Rechts aufzufassen.

1) Vgl. dazu die Ausführungen oben, S. 139 ff. zu § 6 WHG, die hier entsprechend gelten.

2) Vgl. dazu oben, S. 94 ff.

dem erweiterten Sinne zur Anwendung, daß der einzelne geringfügige, unwesentliche Nachteile ohne weiteres zu dulden hat und nicht zum Anlaß nehmen darf, um Einwendungen zu erheben ¹⁾.

2. Einzelne Rechte

a. Benutzungsrechte an Gewässern

Zu den öffentlichen Rechten, auf Grund deren Einwendungen nach § 8 Abs. 3 WHG erhoben werden können, zählt die Bewilligung, die nach § 8 Abs. 1 Satz 1 ein volles subjektives öffentliches Benutzungsrecht gewährt. Ebenso fallen darunter alte Benutzungsberechtigungen, soweit ihnen der Charakter eines Rechts und nicht einer bloßen Befugnis zukommt ²⁾. Die Erlaubnis rechnet dagegen nicht hierzu, da sie schon nach dem Gesetzeswortlaut des § 7 WHG nur eine "Befugnis" und kein Recht gewährt. Erst recht kann der Gemeingebrauch hier nicht zum Zuge kommen - schon deshalb nicht, weil er gegenüber der Erlaubnis die schwächere Berechtigung abgibt ³⁾.

Inwieweit das Benutzungsrecht eines Dritten durch eine geplante Wasserbenutzung beeinträchtigt wird, hängt von dem Inhalt des jeweiligen Rechts ab. Die Bewilligung beinhaltet das Recht, ein Gewässer zu einem bestimmten Zweck in einer nach Art und Maß bestimmten Weise zu benutzen. Während je-

1) Vgl. oben, S. 141.

2) Vgl. oben, S. 36 f.

3) Vgl. oben, S. 32 wie hier auch GW, § 8, Anm. 10a.

doch z.B. ein Triebwerkbesitzer aus der Zeit des preußischen Privatflußgesetzes noch heute einen Anspruch auf einen bestimmten Wasserzufluß hat ¹⁾, gewährt die neuere Bewilligung gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG kein Recht auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit. Der Bewilligungsinhaber kann deshalb gegen Erschwer-nisse seiner Benutzungsausübung, die ihren Grund in einem Wasserentzug oder einer Wasserverunreini-gung haben, keine Einwendungen nach § 8 Abs. 3 erheben ²⁾. Er kann sich hiergegen gegebenenfalls nur gemäß § 8 Abs. 4 WHG i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 4 LWG zur Wehr setzen ³⁾.

Allerdings schließt § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG nur ein Recht auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit aus. Da die Betonung auf dem Aus-schluß einer bestimmten, gleichbleibenden Wasser-menge und -beschaffenheit liegt, kann der Be-willigungsinhaber sich jedenfalls bei einer völli-gen Auszehrung seines Rechts auf § 8 Abs. 3 WHG berufen. Dafür spricht auch die ratio legis des § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG. Das Gesetz will mit dieser Bestimmung den Benutzer lediglich zwingen, seine Benutzungsausübung auf die jeweils zufließende Wassermenge und -qualität einzustellen. Aus den daraus folgenden Behinderungen soll der Benutzer keine Rechte herleiten können; es wird von ihm verlangt, daß er sich den unterschiedlichsten Verhältnissen anpaßt. Geht jedoch der Wasserent-zug oder die Wasserverunreinigung so weit, daß ein älteres Benutzungsrecht, so wie es bewilligt

1) Vgl. oben, S. 40 f.

2) Allgemeine Meinung, vgl. statt vieler GW, § 8, Anm. 10.

3) Vgl. dazu unten, S. 179.

ist, überhaupt nicht mehr ausgeübt werden kann, so ist schon immer eine Rechtsbeeinträchtigung angenommen worden ¹⁾. Daran hat der neuere Gesetzgeber nichts ändern wollen ²⁾. Kann also der Bewilligungsinhaber infolge einer geplanten Wasserableitung des Oberlieggers die ihm zugebilligte Menge Wasser nicht mehr entnehmen, oder kann das Wasser wegen zu starker Verschmutzung nicht mehr zu dem im Bewilligungsbescheid aufgeführten Zweck verwandt werden, so wird sein Benutzungsrecht beeinträchtigt und ist damit Grundlage für Einwendungen nach § 8 Abs. 3 WHG.

Soweit es sich um Störungen in der Ausübung einer bewilligten Benutzungsausübung handelt, die nicht auf einem Wasserentzug oder einer Wasserverunreinigung basieren, kann sich der Bewilligungsinhaber immer auf eine Rechtsbeeinträchtigung berufen. Ursache der schädigenden Wirkung kann beispielsweise auch ein Rückstau sein, der von einem Aufstau am Unterlauf des Flusses herrührt. Die dadurch bedingte Hebung des Wasserspiegels kann etwa eine Kiesentnahme aus dem Flußbett wesentlich erschweren (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3 WHG).

- 1) Für das preußische Wassergesetz, das, wie die meisten der alten Wassergesetze ebenfalls ein Recht auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit grundsätzlich verneinte, vgl. Lenhard-Reichau, § 41, Anm. 4 a; HKS, § 41, Anm. 7.
- 2) Für das heutige Recht im Ergebnis wie hier Rehder, NWG, § 11, Anm. 9; Fischerhof, Entschädigung, S. 176.

b. Gewässereigentum

Eigentum gibt die rechtlich anerkannte Macht, über die Sache zu herrschen - es gewährt grundsätzlich alle denkbaren Herrschaftsbefugnisse. Diese positive Seite des Eigentums, die Sachherrschaft, ist der Ausgangspunkt für die Beurteilung des Eigentumsinhaltes und dessen Beeinträchtigung, nicht dagegen das dem Eigentümer gegenüber Dritten zustehende Ausschließungsrecht ¹⁾. Letzteres ist dem Eigentümer nur gegeben, um ihm die Sachherrschaft zu garantieren. Es ist deshalb nicht primärer Rechtsinhalt, sondern steht begrifflich hinter der positiven Sachherrschaft ²⁾.

Von dieser Sicht aus kann der Eigentümer also nur bis zur Grenze der ihm zustehenden Sachherrschaft beeinträchtigt werden. Grenzen der Sachherrschaft des Gewässereigentümers sind in den §§ 24 Abs. 1 Satz 1 WHG, 28 Abs. 1 LWG für das oberirdische Gewässer und in § 33 Abs. 1 WHG für das Grundwasser umschrieben. Diese Bestimmungen haben nicht nur die formale Bedeutung, diejenigen Fälle zu nennen, in denen der Gewässereigentümer zur Benutzung seines Gewässers einer Erlaubnis oder Bewilligung bedarf, sondern sie beschränken den Eigentumsinhalt schlechthin. Jenseits dieser Schranken "gewähren" allein die Bewilligung oder Erlaubnis die Berechtigung zur Gewässerbenutzung (§§ 7, 8 Abs. 1 Satz 1 WHG). Rechtsgrundlage für diese Benutzungen ist nicht mehr das Gewässereigentum - es wird vom WHG als konstruktive Grund-

1) Westermann, § 28 I, 2, S. 114; Nipperdey, § 71 I, 3, S. 427 f.; Wolff-Raiser, § 51 II, 1, S. 174.

2) Vgl. hierzu Nipperdey, § 30 III, 2, S. 200 f.

lage für Sondernutzungen nicht gebraucht. Nur innerhalb des gesetzlich abgesteckten Rahmens gewährt noch das Eigentum eine wasserwirtschaftliche Nutzung ¹⁾. Eine beabsichtigte Benutzung kann also nur auf die nach den §§ 24 Abs. 1 Satz 1, 33 Abs. 1 WHG, § 28 Abs. 1 LWG noch zulässigen Eigentümerbefugnisse nachteilig einwirken ²⁾. So kann der Eigentümer eines oberirdischen Gewässers etwa dann Einwendungen erheben, wenn er durch einen geplanten Aufstau in der Befriedigung seines eigenen Bedarfs, etwa bei der Entnahme von Kies aus dem Gewässerbett (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 WHG), gehindert wird (§ 24 Abs. 1 Satz 1 WHG).

Allerdings wird der Inhalt des Gewässereigentums durch das WHG nur insoweit eingeengt, als es sich um Benutzungen handelt (vgl. §§ 24, 33 WHG, 28 Abs. 1 LWG). Benutzungen im Sinne des WHG sind die in § 3 WHG aufgeführten Tätigkeiten. Die hier genannten Benutzungsarten stellen jedoch nur einen Teil - wenn auch den wichtigsten - der möglichen Wassernutzungen dar. So ist von § 3 beispielsweise nicht erfaßt die Entnahme fester Stoffe, etwa von Kies oder Sand, aus oberirdischen Gewässern, wenn sie weder auf den Zustand des Gewässers noch auf den Wasserabfluß einwirkt (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3 WHG). Diese Befugnis gehört also zum unbeschränkten Inhalt des Gewässereigentums. Der Gewässereigentümer kann daher eine Beeinträchtigung dieses Rechts, etwa durch Heben oder Senken des Wasserspiegels, unbekümmert um die in § 24

1) Vgl. hierzu auch Sievers, Nutzung, S. 78, 83 ff.; ders., Problematik, S. 316 f.; vgl. auch GW, § 24, Anm. 2.

2) Im Ergebnis auch Rehder, NWG, § 11, Anm. 9 b.

Abs. 1 Satz 1 gesteckten Grenzen geltend machen.

Um welche Art der Eigentüternutzung es sich auch handeln mag, in keinem Fall kann jedoch der Gewässereigentümer Einwendungen darauf stützen, daß der Wasserzufluß nach Qualität oder Quantität vermindert wird. Ein Anspruch auf Wasserzufluß bestimmter Menge und Beschaffenheit ist zwar durch § 2 Abs. 2 WHG nur für den Inhaber einer Erlaubnis oder Bewilligung ausgeschlossen. Doch gilt das gleiche erst recht für den Gewässereigentümer, da die hiermit verbundene Rechtsstellung nicht stärker sein kann als die auf Grund einer Erlaubnis oder Bewilligung erlangte ¹⁾.

c. Eigentum an Landgrundstücken

Zu den Landgrundstücken zählen etwa die Ufergrundstücke. Deren Eigentümer sind zu Einwendungen berechtigt, wenn nachteilige Folgeerscheinungen der Benutzung zu erwarten sind, die Grundstücke beispielsweise versumpft, ausgetrocknet oder überflutet werden.

Bei einer Grundwasserbenutzung können die umliegenden Nachbargrundstücke beeinträchtigt werden. Sollen zur Ermöglichung von umfangreichen Tiefbauarbeiten größere Grundwassermengen abgepumpt werden, z.B. beim Bau einer Untergrundbahn, und verliert durch die damit verbundene Senkung des Grundwasserspiegels der Boden der Nachbargrundstücke die erforderliche Stütze, so kann sich der Eigentümer des Nachbargrundstückes auf Grund des § 909 BGB gegen den Grundwasserabzug zur Wehr

1) Vgl. Burghartz, § 2, Anm. 1 b; ders., 74.Koll., Ref. S. 1; GW, § 8, Anm. 10 b.

setzen ¹⁾. § 909 BGB erweitert den Inhalt des Eigentums, als dessen Ausfluß dem Eigentümer hier auch ein Anspruch auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge zusteht. An nachbarrechtliche Ansprüche dieser Art hat der Gesetzgeber gedacht, wenn er in § 2 Abs. 2 Satz 2 WHG privatrechtliche Ansprüche auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge und Beschaffenheit vorbehaltlich des § 11 WHG unberührt lassen wollte ²⁾.

Voraussetzung der Einwandsberechtigung ist jedoch immer, daß durch den Grundwasserentzug der Boden des anderen Nachbargrundstückes die erforderliche Stütze verliert. Wird dagegen vom Nachbargrundstück her allein der Grundwasserzufluß beeinträchtigt, so kann auch nach dem Recht des BGB hiergegen nicht eingeschritten werden. Diese sog. negativen Einwirkungen stellen eine Beeinträchtigung des Eigentums nicht dar ³⁾.

d. Sonstige Rechte

Unter § 8 Abs. 3 WHG fallen auch die Fischereirechte ⁴⁾. Der Fischereiberechtigte kann z.B. Einwendungen erheben, wenn die Gefahr besteht, daß infolge einer geplanten Abwassereinleitung die Fische im Wasserlauf eingehen ⁵⁾. Werden dagegen die Fische durch die Errichtung eines Stauwerkes am Aufsteigen gehindert, so liegt darin keine Be-

1) Vgl. hierzu MSH, § 20 I, 3, S. 360; § 20 I, 5, S. 367; Staudinger, § 909, Rn. 44.

2) Vgl. hierzu BT-Drucks. 2072, S. 21 f.

3) MSH, § 38 I, 1, S. 663.

4) Vgl. dazu OVG Münster in ZfW, Sonderheft, 1962, S. 50 f.

5) Vgl. dazu BGH in VersR 1962, S. 60.

einträchtigung der Fischereirechte im Oberlauf, da dem Fischereiberechtigten ein Rechtsanspruch auf Aufrechterhaltung des ungehinderten Zuges der Fische nicht zusteht ¹⁾. Hier greifen jedoch die §§ 115 ff. des FG über die Einrichtung von Fischwegen ein, die eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung gegenüber dem Staate begründen. Über die Art dieser Einrichtungen und ihre Benutzung entscheidet die Wasserbehörde, wenn sie auf Grund des § 6 WHG die Fischereiinteressen wahrnimmt ²⁾.

Der etwa mit einem Dritten in einem Miet- oder Pachtverhältnis Stehende kann sich im Bewilligungs- oder Erlaubnisverfahren zunächst auf sein persönliches Recht stützen. Außerdem kann er sich auch auf seinen Besitz am Grundstück berufen. Die mit dem Besitz verbundene tatsächliche Gewalt über das Grundstück ist ein Herrschaftsverhältnis, das von jedermann respektiert werden muß (§ 858 BGB). Eine vom Gesetz anerkannte und geschützte Herrschaft ist aber nichts anderes als ein subjektives Recht ³⁾. Für den Besitz als Grundlage von Einwendungen i.S.d. § 8 Abs. 3 kann auch der Zweck dieser Bestimmung geltend gemacht werden: Die Zulassung einer Benutzung, die für das Recht eines anderen nachteilige Folgen hat, bewirkt eine Enteignung des betroffenen Rechts ⁴⁾ und soll tunlichst verhindert werden oder gegebenenfalls ent-

1) Vgl. HKS, § 50, Anm. 4.

2) Vgl. dazu § 115, Abs. 3 FG; Schlegelberger, § 115, Anm. 3.

3) Vgl. hierzu Nipperdey, § 80 I, 1, S. 467 f.; Wolff-Raiser, § 3 III, S. 19; v. Tuhr, I, S. 138.

4) Vgl. hierzu auch § 11 Abs. 1 Satz 1 WHG, der die Abwehrsprüche des Betroffenen ausschließt.

sprechend Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG nur gegen Entschädigung zugelassen werden ¹⁾. In den Kreis der enteignungsfähigen Vermögensgüter fällt aber auch der Besitz ²⁾.

Dagegen kann derjenige obligatorisch Berechtigte, der den Benutzungsunternehmer selbst zum Vertragspartner hat, keine Einwendungen auf Grund des § 8 Abs. 3 WHG erheben. Seine Abwehransprüche werden durch die Bewilligung oder Erlaubnis nicht ausgeschlossen (§ 11 Abs. 2 WHG). Eine enteignungsmäßige Wirkung der Benutzung auf das Recht eines anderen, die § 8 Abs. 3 WHG seinem Sinn und Zweck nach verhindern oder gegebenenfalls durch Entschädigung ausgleichen will, liegt aber dann nicht vor, wenn der Betroffene es in der Hand hat, jederzeit gegen eine Verletzung seines Rechts vorzugehen ³⁾.

Wegen der Beibehaltung privater Abwehrrechte kann auch die in § 8 Abs. 3 Satz 2 WHG vorgesehene Ent-

1) BT-Drucks. 2072, S. 24.

2) Vgl. Weber, S. 353.

3) Als Maßnahme vorbeugenden Rechtsschutzes kann der Vertragspartner Klage auf zukünftige Unterlassung erheben (§ 259 ZPO), soweit es sich um selbständige Unterlassungspflichten handelt (vgl. Lehmann, § 252 IV, S. 1013 f.). Wenn der Unternehmer einer Verpflichtung zum Tun zuwiderhandeln will, also eine sog. sekundäre oder un-selbständige Unterlassungspflicht zu verletzen droht (vgl. Lehmann, § 4 I, S. 18), kommt eine einstweilige Verfügung zur Sicherung der ver-traglichen Rechte in Betracht (§ 935 ZPO). Ist eine Rechtsbeeinträchtigung bereits eingetreten, so kann der Betroffene auf Vertragserfüllung oder Schadensersatz klagen.

schädigungsregelung gar nicht zum Zuge kommen. Sinn und Zweck der Entschädigung ist es doch, einen Ausgleich für die Schäden zu gewähren, die mangels privatrechtlicher Abwehrrechte hingenommen werden müssen. In diese Situation ist aber der Vertragspartner des Unternehmers wegen § 11 Abs. 2 WHG nicht hineingestellt ¹⁾).

Fällt somit auch die auf § 8 Abs. 3 WHG gestützte Einwandsberechtigung des Vertragspartners weg, so bedeutet das jedoch nicht, daß dessen Rechte bei Erteilung der Bewilligung oder Erlaubnis völlig unberücksichtigt bleiben ²⁾. Die Situation ist hier im Grunde die gleiche wie bei der fehlenden Zustimmung des Gewässereigentümers zur Inanspruchnahme des Gewässergrundstückes als Vorbedingung der Benutzung ³⁾. Man wird so wie dort auch hier nicht sagen können, daß die Benutzung in Zukunft einem bestimmten Zweck dient, wie es die §§ 7 und 8 Abs. 2 Nr. 2 WHG verlangen, wenn es dem Unternehmer an der privatrechtlichen Möglichkeit zur Ausübung der Benutzung mangelt. Die Bewilligung und Erlaubnis können deshalb nur erteilt werden, wenn feststeht, daß der Vertragspartner zur Hin- nahme der Beeinträchtigung bereit ist oder dessen Verletzung vermieden werden kann.

3. Vorrang der geplanten Benutzung gegenüber Einwendungen

Wenn es nicht möglich ist, die nachteiligen Wirkungen der geplanten Benutzung durch Auflagen zu

- 1) Wie hier Salzwedel, Rechtsweg, S. 73. '
- 2) Auch der Vertragspartner zählt zu den am Verfahren Beteiligten, die durch die Behörde von Amts wegen zu ermitteln sind (vgl. § 111 Abs. 1 Satz 1 LWG).
- 3) Vgl. oben, S. 85 f.

verhüten oder auszugleichen, so dürfen die Bewilligung und Erlaubnis gleichwohl aus Gründen des Wohles der Allgemeinheit erteilt werden ¹⁾; der Betroffene ist zu entschädigen (vgl. § 8 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 20 WHG und § 99 LWG). Da auf diese Weise feste Rechtspositionen Dritter beeinträchtigt werden, ist es gerechtfertigt, hier im Unterschied zu § 6 WHG an den Begriff des Wohles der Allgemeinheit in Art. 14 GG anzu- knüpfen ²⁾. Wie bei einer Enteignung kann deshalb über die Rechte Dritter nur hinweggegangen werden zugunsten eines konkreten, zeitlich und örtlich genau bestimmbar Zweckes, der nicht auf andere zumutbare Weise erfüllt werden kann ³⁾. Allgemein volkswirtschaftliche Interessen, die hinter einer Gewässerbenutzung stehen, können deshalb allein den Zuspruch einer Bewilligung oder Erlaubnis auf Grund des § 8 Abs. 3 Satz 2 WHG noch nicht rechtfertigen. Dazu bedarf es vielmehr einer direkten, greifbareren Zweckbezogenheit, wie sie etwa gegeben sein kann bei einem Wasserversorgungs- oder Elektrizitätserzeugungsunternehmen, von denen die Versorgung einer oder mehrerer Ortschaften mit den für die Bevölkerung und die Wirtschaft wichtigen Gütern Wasser und Strom abhängt.

Hat das geplante Benutzungsvorhaben einen genügend konkretisierten und Überlegenen öffentlichen

1) Zu dem Begriff des Wohles der Allgemeinheit vgl. oben, S. 119 ff.

2) Vgl. dazu oben, S. 127.

3) Die Enteignung muß die ultima ratio zur Erreichung des beabsichtigten Zweckes sein, Schack, Enteignung, S. 77.

Zweck auf seiner Seite, so "darf" die Benutzungsberechtigung trotz entgegenstehender Rechte erteilt werden (§ 8 Abs. 3 Satz 2 WHG). Dem Wortlaut nach steht der Behörde für diesen Fall noch ein Entschließungsermessen zu ¹⁾. Es sind jedoch kaum Gründe denkbar, die im Rahmen der Ermessensausübung die Versagung einer Benutzungsausübung rechtfertigen können, wenn - wie hier - ein konkret bestimmter öffentlicher Zweck hinter dem Benutzungsunternehmen steht.

Das bedeutet jedoch nicht, daß dem Antragsteller letztlich doch ein Rechtsanspruch auf die Benutzungsberechtigung zusteht, wenn auch die übrigen Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung oder Erlaubnis gegeben sind ²⁾. Es würde die Grenzen der Auslegung überschreiten, einen vom Gesetz deutlich ausgesprochenen Ermessensspielraum - aus welchen Gründen auch immer - fallen zu lassen und statt dessen ein vom Gesetz nicht gewolltes subjektiv-öffentliches Recht auf die Begünstigung zu begründen ³⁾. Konstruktiv bleibt die Erteilung der Bewilligung oder Erlaubnis also immer auch eine Ermessensentscheidung, was jedoch nicht ausschließt, daß der an sich nur auf ermessensfehlerfreie Entschließung gehende Rechtsanspruch des Antragstellers ⁴⁾ im praktischen Ergebnis

1) Wolff, S. 147.

2) Vgl. dazu oben, S. 113 f.

3) Scheerbarth, S. 187 f.; Mayer, Opportunitätsprinzip, S. 36; Wolff, S. 147; Loening, S. 198; OVG Münster in DÖV 1961, S. 627.

4) Vgl. oben, S. 109 f.

einem strikten Rechtsanspruch auf die Erteilung der Bewilligung oder Erlaubnis gleichkommen kann; dann nämlich, wenn, wie es hier in der Regel der Fall sein wird, jede andere EntschlieÙung ermessensfehlerhaft wäre. In diesem Falle bleibt der Behörde höchstens noch für das "Wie" der Bewilligung oder Erlaubniserteilung, beispielsweise bei der Auflagensetzung (vgl. hierzu § 4 Abs. 2 WHG), ein ausnutzbarer Ermessensspielraum offen ¹⁾.

Wird die Bewilligung oder Erlaubnis erteilt, so ist der Betroffene zu entschädigen. Art und Ausmaß der Entschädigung sind in den §§ 20 WHG und 99 LWG eingehend geregelt.

III. Beeinträchtigung von tatsächlichen Belangen Dritter

Gemäß § 8 Abs. 4 WHG können die Länder weitere Fälle bestimmen, in denen nachteilige Wirkungen einer geplanten Benutzung einen anderen zu Einwendungen berechtigen. Der Bundesgesetzgeber hat diese Möglichkeit eröffnet, da auch die Interessen derer eine Berücksichtigung verdienen, deren Rechte i.S.d. § 8 Abs. 3 WHG zwar nicht beeinträchtigt werden können, auf deren sonstige Belange jedoch die Benutzung nachteilig einwirken kann.

Von dieser Ermächtigung ist in allen Landeswassergesetzen in weitgehender Übereinstimmung Gebrauch gemacht worden ²⁾.

Die getroffene Regelung kommt insbesondere den

1) Vgl. hierzu Mayer, Opportunitätsprinzip, S. 34 f.; Martens, S. 247; Bachof, Klage, S. 94; BVerwGE 11, 97.

2) Vgl. dazu GW, § 8, Anm. 13 und § 16 LWG.

Erlaubnisinhabern zugute, denen kein Recht i.S.d. § 8 Abs. 3 Satz 1 WHG zustehe, sondern lediglich eine "Befugnis" (§ 7 WHG).

1. Einzelne Tatbestände

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 LWG berechtigt jede nachteilige Veränderung des Wasserabflusses zu Einwendungen. Der Begriff "Wasserabfluß" findet sich auch in § 28 Abs. 1 WHG. Die Unterhaltung eines Gewässers umfaßt danach die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluß. Der Ausdruck "Wasserabfluß" in § 28 WHG kann deshalb nur so verstanden werden, daß er den Abfluß der Wassermenge meint, die jeweils anfließt. Es kommt demzufolge auf die Erhaltung des Fließvorgangs an und nicht darauf, daß eine bestimmte Abflußmenge erhalten wird ¹⁾. Der Begriff "Wasserabfluß" kann daher mit "Fließvorgang" gleichgesetzt werden. Wenn der Landesgesetzgeber in § 16 LWG den gleichen Begriff verwendet, dann wollte er ihm vermutlich auch den gleichen Inhalt geben. Der Wasserabfluß in diesem Sinne wird verändert, wenn sich der Fließvorgang beschleunigt oder verlangsamt. Der Fließvorgang kann beschleunigt werden etwa durch Vertiefung des Beckens, er kann verlangsamt werden beispielsweise durch eine Aufstauanlage.

Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 LWG ist eine Einwendung auch dann begründet, wenn das Wasser verunreinigt oder in seinen Eigenschaften sonst nachteilig verändert wird. Darin liegt kein Widerspruch zu § 2

1) So auch 74. Koll., Ref. Burghartz, S. 2.

Abs. 2 WHG. In § 2 Abs. 2 WHG wird lediglich ein Recht auf Wasserzufluß von bestimmter Beschaffenheit verneint mit der Folge, daß ein Einwand wegen schädlichen Wasserzuflusses nicht auf § 8 Abs. 3 WHG gestützt werden kann ¹⁾. In § 16 Abs. 1 Nr. 1 LWG dagegen werden sonstige Interessen eines Benutzers geschützt, ohne daß eine Rechtsbeeinträchtigung vorliegen muß.

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 LWG kann derjenige Einwendungen erheben, der dadurch Nachteile zu erwarten hat, daß sich mit der geplanten Benutzung der Wasserstand verändert. Wasserstand ist die Höhe des Wasserspiegels über oder unter einem festen Bezugshorizont. Die Höhe des Wasserspiegels ist von der Wassermenge, der Höhenlage der Bettsohle und dem Querschnitt des Bettes abhängig ²⁾.

Die Bestimmung des § 16 Abs. 1 Nr. 2 LWG will den Wasserstand und nicht die Wassermenge schützen. Die Beeinträchtigung muß deshalb auch ihren Grund allein in der Änderung des Wasserstandes haben. Wird also am Oberlauf Wasser abgeleitet und entstehen durch die damit verbundene Senkung des Wasserspiegels Nachteile für die unterhalb liegende Stauanlage, so ist der Grund hierfür allein die Tatsache, daß der Stauanlage nicht mehr dieselbe Wassermenge zufließt. Die Senkung des Wasserstandes ist hier bloße Begleiterscheinung. Die durch den mangelnden Wasserzufluß bewirkte Beeinträchtigung des Staues berechtigt aber nicht zu Einwendungen.

1) Vgl. oben, S. 165.

2) Vgl. 74. Koll., Ref. Burghartz, S. 2.

Ein Einwand kann weiterhin darauf gestützt werden, daß die bisherige Benutzung eines Grundstückes beeinträchtigt wird (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 LWG). Unter diese Vorschrift fallen Benutzungsfolgen, die zwar nicht das Recht des Grundstückseigentümers als solches beeinträchtigen, die jedoch anderweitige Interessen des Grundstücksinhabers treffen. Hier ist etwa an die sog. negativen Einwirkungen zu denken, die keine Beeinträchtigung des Grundeigentums darstellen, beispielsweise an den Grundwasserentzug mit der Folge, daß die Wasserversorgung des Pflanzenwuchses beeinträchtigt wird. Da es nicht heißt "seines" Grundstückes, wie etwa in § 13 Abs. 1 c WGSchG, § 14 Nr. 3 SWG und § 17 Nr. 3 WGBW, kann sich auch der obligatorisch Berechtigte, der Besitzer, auf diese Bestimmung stützen.

Immer ist jedoch Voraussetzung, daß die bisherige Grundstücksbenutzung beeinträchtigt wird. Künftige Grundstücksbenutzungen können deshalb nicht berücksichtigt werden.

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 4 LWG können Einwendungen erhoben werden, wenn einer Wassergewinnungsanlage das Wasser entzogen oder geschmälert wird. Diese Bestimmung stellt einen gewissen Ausgleich dar für den Ausschluß des Rechts auf einen bestimmten Wasserzufluß (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 1 WHG).

Wassergewinnungsanlagen sind nur solche zur Förderung von Grund- oder Oberflächenwasser ¹⁾. Stauanlagen und solche zur Ableitung des Wassers fallen deshalb nicht hierunter.

1) Vgl. hierzu Wüsthoff, § 200 PrWG, Anm. 4 a.

Schließlich ist ein Einwand berechtigt, wenn die Gewässerunterhaltung erschwert wird (§ 16 Abs. 1 Nr. 5 LWG). Da zur Unterhaltung der Gewässer auch der Schutz der Ufer gehört (§ 55 Abs. 1 LWG), kann der Einwand auch dann erhoben werden, wenn die Unterhaltung der Ufer behindert wird. Geringfügige und solche Nachteile, die vermieden worden wären, wenn der Betroffene die ihm obliegende Unterhaltung ordnungsgemäß durchgeführt hätte, finden keine Berücksichtigung (§ 16 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 LWG).

2. Abwägung von Nutzen und Nachteil

Werden Einwendungen auf Grund des § 16 Abs. 1 LWG erhoben, so dürfen die Bewilligung und Erlaubnis grundsätzlich nur erteilt werden, wenn die nachteiligen Wirkungen durch Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden können. Wenn das nicht möglich ist, können sie dennoch erteilt werden, falls Gründe des Wohles der Allgemeinheit dafür sprechen. Wird die Benutzungsberechtigung zugesprochen, so ist der Betroffene zu entschädigen¹⁾. Im Unterschied zu § 8 Abs. 3 WHG können jedoch hier die Einwendungen auch dann übergangen werden, wenn der aus der beabsichtigten Benutzung zu erwartende Nutzen den für den Betroffenen zu erwartenden Nachteil erheblich übersteigt (§ 16 Abs. 2, 2.Alt., LWG). Auch in diesem Falle ist der Betroffene zu entschädigen²⁾.

Eine solche Interessenabwägung kannte bereits das

1) Vgl. hierzu die entsprechende Anwendung des § 8 Abs. 3 WHG in § 16 Abs. 2 LWG, 1. Abt.

2) Entsprechende Anwendung des § 8 Abs. 3 WHG in § 16 Abs. 2 LWG.

PrWG (§ 50 Abs. 2 ¹⁾). Man entnahm hieraus den Willen des Gesetzgebers, im Falle eines Widerspruchs nur den wirtschaftlich zweckmäßigen Unternehmungen eine Verleihung zukommen zu lassen ²⁾. Die Übernahme dieser Bestimmung in das heutige Recht läßt den Schluß zu, daß für den derzeitigen Gesetzgeber ebenfalls allein wirtschaftliche Überlegungen maßgebend waren. Es erscheint danach auch gerechtfertigt, bei der Abwägung allein einen wirtschaftlichen Maßstab anzulegen, d.h. mit anderen Worten nur solche Vorteile und Schäden zu berücksichtigen, die sich in Geldwert ausdrücken lassen ³⁾. Für diese Auslegung spricht auch der vom Gesetz verwandte Ausdruck "Nutzen" in § 16 Abs. 2 LWG, womit schon nach allgemeinem Sprachgebrauch nur der wirtschaftliche Nutzen gemeint ist. Im Ergebnis können deshalb bei der Abwägung die rein immateriellen Belange, insbesondere bloße Annehmlichkeiten wie bei einer Springbrunnenanlage zur Verschönerung eines Parks, keine Beachtung finden ⁴⁾.

Der Nutzen aus der Unternehmung muß den Nachteil des Betroffenen erheblich übersteigen. Der Begriff der Erheblichkeit zählt zu den unbestimmten Ge-

1) "... der daraus zu erwartende Nutzen den Schaden des Widersprechenden erheblich übersteigt"

2) HKS, § 50, Anm. 11.

3) Vgl. hierzu HKS, a.a.O.

4) Im Ergebnis wie hier auch Burghartz, WG NRW, § 17, Anm. 12.

setzesbegriffen, die eine Wertung erforderlich machen, wobei in Grenzfällen der Behörde ein sog. Beurteilungsspielraum zusteht ¹⁾.

Überwiegt der aus der geplanten Benutzung zu erwartende Nutzen erheblich, ist also der Tatbestand des § 16 Abs. 2 LWG erfüllt, so steht nunmehr der Behörde noch ein Entschließungsermessen zu ²⁾.

Auf Grund des ihr zustehenden Ermessensspielraums kann die Verwaltung eine Benutzungszulassung trotz Überwiegenden Nutzens i.S.d. § 16 Abs. 2 LWG dennoch verwehren. Anlaß zu einer Versagung der Benutzungsberechtigung auf Grund des eingeräumten Ermessens würde etwa dann bestehen, wenn eine Beeinträchtigung öffentlicher Interessen durch die geplante Benutzung wahrscheinlich ist. Wäre eine Störung öffentlicher Interessen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, so müßte die Bewilligung bereits wegen § 6 WHG versagt werden ³⁾.

1) Vgl. oben, S.119f. BVerwG in NJW 1956, 482.

2) "darf"; vgl. auch oben, S. 113 f.

3) Vgl. oben, S. 141 ff.

E. Nebenbestimmungen

I. Fristsetzung

1. Ausführungsfrist

Aus den §§ 12 Abs. 2 Nr. 2 WHG und 15 Abs. 2 Nr. 2 LWG, wonach die Bewilligung und Erlaubnis aufgehoben werden können, wenn der Berechtigte die Benutzung nicht innerhalb einer ihm gesetzten angemessenen Frist begonnen hat, geht mittelbar hervor, daß dem Bewilligungs- und Erlaubnisinhaber eine angemessene Frist für den Beginn der Benutzung zu setzen ist. Dementsprechend hat auch der Landesgesetzgeber die Aufnahme einer solchen Frist in den Bewilligungs- und Erlaubnisbescheid angeordnet (§ 12o Nr. 3 und § 12l Abs. 1 LWG). Die Fristbestimmung soll verhindern, daß die im öffentlichen Interesse liegende möglichst zweckmäßige Ausnutzung des Wasserschatzes nicht durch ungenutzte Berechtigungen blockiert wird ¹⁾. Die Ausnutzung des Wasserschatzes würde vor allem insofern gehindert, als die Bewilligungs- und Erlaubnisinhaber gegen Neuanträge bereits Einwendungen erheben und andere dadurch von einem Gebrauch des Wasserschatzes abhalten können.

Die Pflicht der Behörde, eine angemessene Frist zu bestimmen, ist in einem, wenn auch ungeschriebenen Rechtssatz enthalten. Die Angemessenheit ist deshalb eine Rechts- und keine Ermessensfrage ²⁾.

1) Vgl. GW, § 12, Anm. 6.

2) Vgl. dazu oben, S. 119 f.

Die Behörde hat dementsprechend anhand objektiver Maßstäbe die Zeit abzuschätzen, innerhalb der die notwendigen Vorbereitungen für den Beginn der Benutzung getroffen werden können. Bei der Voraus-schätzung sind Wertungen mit im Spiele, so daß der Behörde in Grenzfällen ein Beurteilungsspiel-raum zusteht ¹⁾.

Ist die angemessene Frist gesetzt, so gelten für deren Berechnung mangels anderweitiger Vorschriften die Auslegungsbestimmungen der §§ 187-193 BGB ²⁾. Nach Ablauf der Frist wird man auch eine Verlänge-rung für zulässig erachten müssen, wenngleich auch das Gesetz dazu nichts sagt. Trägt der Unternehmer besondere Gründe für die Nichtausübung vor und ist danach mit einer baldigen Aufnahme der Be-nutzung zu rechnen, so wäre es widersinnig, die Frist nicht zu verlängern, stattdessen von der Rücknahmemöglichkeit Gebrauch zu machen (§ 12 Abs. 2 Nr. 2 WHG) und damit den Benutzer gleich wieder zu einem Neuantrag zu veranlassen.

2. Befristung der Bewilligung

Neben der Frist für den Beginn der Benutzung sieht das Gesetz für die Bewilligung noch eine den Rechtsverlust bedingende Frist, eine sog. Befri-stung, vor (§ 8 Abs. 5 WHG) ³⁾. Hierdurch soll verhindert werden, daß die nicht Übersehbare wasserwirtschaftliche Entwicklung durch unbefri-stete Rechte gehemmt oder erschwert wird ⁴⁾.

1) Vgl. dazu oben, S. 120.

2) Wolff, S. 196.

3) Vgl. hierzu auch Wolff, S. 198.

4) BT-Drucks. 2072, S. 25.

Die Befristung ist zwingend vorgeschrieben. Damit ist zugleich eine Bewilligungserteilung ohne Fristsetzung ausgeschlossen. Eine Bewilligung ohne Befristung würde gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sie würde einen schlechthin unmöglichen Inhalt haben. Ein solcher schlechthin unzulässiger Verwaltungsakt wäre nichtig ¹⁾. Ein nichtiger Verwaltungsakt ist als nicht bestehend zu behandeln, so daß auch die Fristsetzung nicht nachträglich noch verfügt werden könnte ²⁾.

Die Bewilligung ist auf eine angemessene Frist zu erteilen (§ 8 Abs. 5 WHG). Auch hier ist die Angemessenheit der Frist gesetzliches Tatbestandsmerkmal und daher eine Rechtsfrage ³⁾. Für die Bestimmung der Frist wird einerseits etwa die Höhe der Investitionen sowie der Grad des an der Benutzung bestehenden öffentlichen Interesses und andererseits beispielsweise die Menge des zu entnehmenden Wassers im Vergleich mit dem zur Verfügung stehenden Wasserreservoir, die Stärke der benachteiligten Gegeninteressen oder die Gefährlichkeit der einzuleitenden Abwässer zu berücksichtigen sein. Auf der Suche nach einem Ausgleich der entgegengesetzten Interessen kann in Grenzfällen eine Eigenwertung der Behörde nicht ausgeklammert werden (Beurteilungsspielraum).

Nur in besonderen Fällen darf die Frist 30 Jahre überschreiten. Wann solche besonderen Fälle vor-

1) Vgl. dazu Forsthoff, S. 227; Wolff, S. 280 f., 284; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 713 f.

2) A.A.: SZ, § 8, Rn. 36, aber ohne nähere Begründung.

3) Vgl. oben, S. 119 f.

liegen, ist wiederum eine Rechtsfrage, bei der Wertungen inmitten liegen, und die deshalb in Grenzfällen in die Sachverständigenbeurteilung durch die Behörde gestellt ist. Ein besonderer Grund für eine länger als 30 Jahre dauernde Frist kann beispielsweise bei der öffentlichen Wasserversorgung gegeben sein, da wegen des besonderen öffentlichen Interesses hieran eine langfristige Wasserbenutzung sichergestellt werden muß ¹⁾.

Ist die Frist einmal gesetzt, so kann sie nicht nachträglich ohne weiteres wieder eingeschränkt werden. Eine solche Maßnahme wäre in der Sache nichts anderes als eine teilweise Zurücknahme der Bewilligung, die nur unter den Voraussetzungen des § 12 WHG zulässig ist ²⁾.

Für die Berechnung der Frist hat das Gesetz auch hier keine Bestimmungen getroffen. Es gelten daher die allgemeinen Auslegungsvorschriften der §§ 187-193 BGB ³⁾. Mit dem Ablauf der Frist erlischt die Bewilligung automatisch - eines besonderen Verwaltungsaktes bedarf es dazu nicht, weil es sich um eine den Rechtsverlust bedingende Frist handelt.

3. Befristung der Erlaubnis

Gemäß § 7 WHG kann die Erlaubnis auch befristet werden. Darin unterscheidet sich die Erlaubnis von der Bewilligung, die stets zu befristen ist (§ 8 Abs. 5 WHG).

1) Vgl. GW, § 8, Anm. 15.

2) Vgl. dazu Eyermann-Fröhler, § 42, Anh., Rn. 31.

3) Wolff, S. 196.

Die Behörde wird von der Möglichkeit der Befristung in der Regel dann Gebrauch machen, wenn es sich um eine vorübergehende Benutzung handelt¹⁾. Die Befristung der Erlaubnis hat auf die Zulässigkeit des vorzeitigen Widerrufs keinen Einfluß. Auch vor Ablauf der Frist ist der Widerruf in gleicher Weise wie bei einer unbefristeten Erlaubnis zulässig. Die Gewährung auf Zeit hat lediglich die rechtliche Wirkung, daß nach Ablauf der Frist die Erlaubnis von selbst außer Kraft tritt, es sei denn, daß die Frist verlängert wird²⁾. Dem Unternehmer ist allenfalls eine gewisse tatsächliche Gewähr dafür geboten, daß die Erlaubnis nicht innerhalb der gesetzten Frist widerrufen wird.

Da es hier im Ermessen der Behörde liegt, ob sie die Erlaubnis befristet oder nicht, würde eine versehentlich unterlassene Fristsetzung die Rechtswirksamkeit der Erlaubnis nicht berühren. Eine Erlaubnis ohne Befristung ist nicht schlechthin unzulässig³⁾. Aber auch hier kann die versäumte Fristsetzung nicht ohne weiteres nachgeholt werden. Eine nachträgliche Fristsetzung bei der zunächst unbefristet erteilten Erlaubnis käme in der Sache einem teilweisen Widerruf der Erlaubnis gleich. Die nachträgliche Fristsetzung ist daher nur unter den gleichen Voraussetzungen zulässig wie der Widerruf der Erlaubnis.

1) Vgl. hierzu die entsprechende Bestimmung in Art. 17 Abs. 2 Satz 2 BayWG.

2) Vgl. Kormann, S. 333; Hangartner, S. 163.

3) Vgl. oben, S. 185.

4. Verlängerung der Befristung

Vor Ablauf der Befristung kann die Bewilligung oder Erlaubnis auf Antrag hin verlängert werden (§ 18 LWG)¹⁾. Eine Verlängerung kommt jedoch nur in Betracht, wenn nicht wegen der Änderung von Art, Maß und Zweck der Benutzung eine Neuzulassung erforderlich ist²⁾. Tatbestandsvoraussetzung einer Verlängerung ist, daß keine Belange des Wohles der Allgemeinheit³⁾ oder Rücksichten von überwiegender wirtschaftlicher Bedeutung entgegenstehen. Durch die Herausstellung der wirtschaftlichen Belange wird die Behörde besonders auf die privatwirtschaftlichen Interessen hingelenkt. Hierbei sind vor allem die Belange jüngerer Benutzungsberechtigungen, d.h. solcher, die erst nach der Bewilligungs- oder Erlaubniserteilung begründet worden sind, zu würdigen, da jene bei der vorausgegangenen Erteilung der Berechtigung noch nicht zu Worte gekommen sind.

Nach § 18 LWG können die befristete Erlaubnis und Bewilligung ohne förmliches Verfahren um angemessene Frist verlängert werden. Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung soll ein förmliches Verfahren⁴⁾ erspart werden können⁵⁾. Mit Wegfall des förmlichen Verfahrens entfällt auch die Pflicht der Behörde gemäß § 112 LWG, die am Verfahren Be-

1) Von den übrigen Ländern hat nur das Saarland (§ 16 SWG) eine entsprechende Regelung getroffen.

2) Vgl. oben, S. 51, 58 f.

3) Vgl. oben, S. 119 ff.

4) Vgl. dazu § 109 Abs. 2 LWG, §§ 111 ff. LWG.

5) LT-Drucks. 49, S. 245.

teiligten (§ 111 Abs. 1 Satz 2 LWG) anzuhören. Es stellt sich jedoch die Frage, ob nicht dennoch im Falle einer Verlängerung diejenigen, deren Interessen davon nachteilig berührt werden, auch ohne daß dies ausdrücklich vorgeschrieben ist, von der Wasserbehörde gehört werden müssen, wenn auch nicht im Rahmen eines förmlichen Verfahrens. Das träfe zu, wenn der sog. Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch im Verwaltungsverfahren Geltung hat.

Allgemein folgt aus dem auch die Verwaltung verpflichtenden Rechtsstaatsprinzip und aus der in Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde, daß auch im Verwaltungsverfahren der einzelne nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden darf. Er hat deshalb grundsätzlich einen Anspruch auf rechtliches Gehör auch im Verwaltungsverfahren, wenn er von Verwaltungsmaßnahmen betroffen wird, ohne daß dies in einer gesetzlichen Bestimmung ausdrücklich gesagt sein müßte ¹⁾. Aus Art. 103 Abs. 1 GG kann dagegen nicht gefolgert werden, daß der Verfassungsgeber dem einzelnen einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf rechtliches Gehör nur vor Gericht geben wollte. Vielmehr wollte der Verfassungsgeber in Art. 103 Abs. 1 GG den für einen Rechtsstaat an sich selbstverständlichen Grundsatz gerade für das Gerichtsverfahren noch einmal ausdrücklich festlegen. Art. 103 Abs. 1 GG sollte nicht die Eigenschaft einer alleinigen, ausschließlichen und umfassenden Regelung, sondern einer zusätzlichen Sicherung haben ²⁾.

1) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 103, Rn. 92.

2) Vgl. dazu Heinzmann, S. 40.

Von der vorausgegangenen Argumentation abgesehen erfordert auch eine ordnungsgemäße Ermessensausübung, wie sie etwa auch im Rahmen des § 18 LWG erfolgen muß ("kann"), eine Anhörung der Betroffenen. Wie das Bundesverwaltungsgericht in einem unveröffentlichten Urteil vom 1.10.1963 ¹⁾ zu-
treffend ausgeführt hat, ist eine sachlich ein-
wandfreie Ermessensentscheidung ohne Anhörung der
von ihr Betroffenen nicht denkbar. Ein wahres Ab-
wägen ist nur möglich, wenn die Beteiligten Ge-
legenheit hatten, der Behörde das gesamte Für und
Wider zu unterbreiten.

Besondere Bedeutung kommt dem Anspruch auf recht-
liches Gehör überall dort zu, wo Verwaltungs-
behörden befugt sind - wie auch hier -, über wi-
derstreitende Interessen einzelner Personen zu
entscheiden ²⁾. Auf der einen Seite steht hier
das Interesse des Benutzers an der Beibehaltung
seiner Benutzungsberechtigung, auf der anderen
Seite stehen die übrigen Benutzer, deren Interesse
etwa dahin geht, sich nicht weiterhin mit schlech-
ter Wasserqualität oder geringer Wassermenge ab-
finden zu müssen. Bei derartigen Interessenkonstel-
lationen darf niemals zuungunsten einer Partei
auf Grund von Tatsachen entschieden werden, zu
deren Anfechtung ihr keine Gelegenheit gegeben
worden ist ³⁾. Um den Betroffenen Gelegenheit
zur Stellungnahme zu geben, müssen ihnen die für
erheblich angesehenen Tatsachen schriftlich oder

mündlich

1) AktZ IV C 2/63.

2) Vgl. dazu Hamann, S. 1940, und OVG Münster in
VerwRspr 11, 433 f.

3) Dazu, daß die Verpflichtung zur Gewährung recht-
lichen Gehörs sich nur auf Vorgänge erstreckt,
welche die Behörde für erheblich hält, vgl.
BVerwGE 7, 275, und BVerwG in VerwRspr 16, 280.

mitgeteilt werden. Jedoch brauchen der Antrag und die Entscheidungsgrundlagen nicht öffentlich bekannt gemacht zu werden, wie es bei Durchführung eines förmlichen Verfahrens erforderlich wäre (vgl. dazu § 111 Abs. 2 LWG). Es genügt ferner, wenn dem Betroffenen lediglich dazu Gelegenheit gegeben wird, sich über die der Entscheidung zugrunde liegenden Verhältnisse schriftlich zu äußern. Ein Anspruch auf mündliches Gehör ist nur kraft ausdrücklicher Rechtsvorschrift begründet (vgl. dazu § 112 LWG) ¹⁾.

Lehnt die Behörde eine Verlängerung der Benutzungsberechtigung ab, so ist damit der Benutzer auf einen Neuantrag verwiesen. Im Falle eines Neuantrages kommen vor allem die §§ 8 Abs. 3 WHG, 15 Abs. 1 und 16 LWG zur Anwendung, deren Bedeutung darin liegt, daß die Behörde verpflichtet ist, bei gewissen Einwendungen eine bestimmte Entscheidung zu treffen ²⁾.

II. Bedingungen und Auflagen

1. Benutzungsbedingungen und ihre Abgrenzung zu echten Bedingungen und Auflagen

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 WHG können die Bewilligung und Erlaubnis unter Festsetzung von Benutzungsbedingungen erteilt werden. Kennzeichen der echten auflösenden oder aufschiebenden Bedingung ist, daß die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes von einem künftigen Ereignis abhängt. Wird die Bedingung nicht erfüllt, erlischt der Verwaltungsakt von

1) OVG Münster in JZ 1955, S. 290.

2) Vgl. dazu oben, S. 116.

selbst, ohne daß es eines aufhebenden Verwaltungsaktes bedarf. Bedingungen in diesem Sinne sind aber in § 4 Abs. 1 Satz 1 WHG nicht gemeint, wie daraus erhellt, daß ihr Nichteintritt nicht den automatischen Untergang des Verwaltungsaktes, sondern nur dessen entschädigungslose Beschränkung oder Rücknahme bewirkt (§ 12 Abs. 2 Nr. 4 WHG, § 15 Abs. 2 Nr. 2 LWG) ¹⁾. Um den Unterschied zur echten Bedingung zu verdeutlichen, spricht denn auch das WHG nicht von "Bedingungen", sondern von "Benutzungsbedingungen" ²⁾.

Wie außerdem aus § 12 Abs. 2 Nr. 4 WHG zu entnehmen ist, löst nicht etwa der Nichteintritt der Benutzungsbedingungen (vgl. dazu § 158 BGB), sondern nur ihre Nichterfüllung durch den Unternehmer eine Rechtswirkung aus. Inhalt einer Benutzungsbedingung können deshalb nur solche Anordnungen sein, deren Erfüllung dem Benutzer obliegt und nicht von anderen Umständen abhängt. Ausgeschlossen wäre es also, die Benutzung im Wege einer Benutzungsbedingung von der Höhe eines bestimmten durch die Niederschlagsmenge bedingten Wasserstandes abhängig zu machen. Der mögliche Inhalt einer Benutzungsbedingung verengt sich weiter durch Ausklammerung jener Anforderungen, die bereits in den Bestimmungen über Art, Maß und Zweck der Benutzung enthalten sind und den Hauptinhalt der Benutzungsberechtigung bilden ³⁾. Übrig blei-

1) Burghartz, § 4, Anm. 1; GW, § 4, Anm. 2; im Ergebnis auch Krüger, Grundfragen, S. 100.

2) Vgl. Witzel, WHG, § 4, Anm. 1.

3) Vgl. §§ 7, 8 Abs. 1 Satz 1 WHG; vgl. hierzu auch Rehder, NWG, § 4, Anm. 1, und oben, S. 55 ff.; vgl. ferner die Gegenüberstellung in § 12 Nr. 4 WHG: ".... Rahmen der Bewilligung Benutzungsbedingungen (oder Auflagen)"

ben somit vor allem solche Bestimmungen, die nicht eine Benutzungshandlung ihrer Ausdehnung nach umgrenzen, sondern die Technik der Benutzungsausübung betreffen. So wäre bei einer Abwasser-einleitung die Vorschrift eines bestimmten Reingehaltes als eine Maßbestimmung anzusehen, während das Verlangen nach dem Bau einer den neuesten technischen Erkenntnissen entsprechenden Kläranlage Inhalt einer Benutzungsbedingung sein kann.

Die Benutzungsbedingung tritt damit in Konkurrenz zur Auflage, welche die gleichen Merkmale aufweist, wie sie bisher für die Benutzungsbedingung aufgezeigt wurden ¹⁾. Auf der Suche nach einem Abgrenzungsmerkmal bietet sich eine Unterscheidung allein in dem Verhältnis beider Institutionen zu dem Hauptinhalt des Verwaltungsaktes an. Liegt es im Wesen der Auflage, daß ihre Erfüllung neben einem bereits in Vollzug gesetzten Verwaltungsakt einherlaufen kann, so bleibt für die Benutzungsbedingung insoweit Raum, als mit ihrer Hilfe die Aufnahme der Benutzung an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen geknüpft werden kann. Anders ausgedrückt: im Wege der Benutzungsbedingungen können Voraussetzungen gesetzt werden, von deren Vorliegen es abhängt, ob von der erteilten Benutzungsberechtigung überhaupt Gebrauch gemacht werden darf. Diese Funktion klingt auch an den Wortsinn "Benutzungsbedingung" an, in dem immer auch der Gedanke an die Vorauserfüllung vordringlicher Aufgaben einbezogen liegt. Die Verpflichtung

1) Vgl. hierzu auch Rehder, NWG, § 4, Anm. 1.

tung, eine Kläranlage zu bauen, ist also dann Benutzungsbedingung, wenn die Benutzung erst nach deren Bau aufgenommen werden darf. Sie ist dagegen Auflage, wenn die Benutzung schon begonnen werden darf, die Kläranlage aber innerhalb einer gewissen Zeit errichtet werden muß. Die Benutzungsbedingung stellt sich somit als eine antizipierte Auflage dar.

2. Zulässigkeit von echten Bedingungen

Unter einer echten Bedingung ist wie im BGB die Abhängigkeit einer Rechtswirkung von einem künftigen, ungewissen Ereignis zu verstehen. Die Abhängigkeit kann aufschiebender oder auflösender Natur sein ¹⁾.

Über die Zulässigkeit von solchen echten Bedingungen sagen das WHG und auch das LWG nichts aus. Sie sind jedoch nach allgemeinem Verwaltungsrecht grundsätzlich auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt vor allem dann mit einem begünstigenden Verwaltungsakt verbindbar, wenn das "Wie" seiner Erteilung - wie auch bei der Bewilligung und Erlaubnis - im Ermessen der Verwaltung liegt ²⁾. Es kann - nach allgemeinem Verwaltungsrecht - sogar geboten sein, den Verwaltungsakt unter Bedingungen zu erteilen und nicht gänzlich zu versagen, wenn sich die Erteilung unter einer Bedingung als das "erforderliche Mittel" zwischen einem Ja oder Nein der Behörde erweist ³⁾.

1) Vgl. Wolff, S. 270; Nipperdey, § 194 III, 1, 2, S. 1187 f.

2) Forsthoff, S. 199.

3) Vgl. dazu Wolff, S. 138; Krüger, Auflage, S. 451 f.

Die grundsätzliche Zulässigkeit von Bedingungen kann aber im konkreten Fall durch Wortlaut und Sinn des Gesetzes ausgeschlossen sein ¹⁾, insbesondere dann, wenn das Gesetz selbst eine erschöpfende Regelung für das Ende der Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes enthält. In einem solchen Falle sind wegen der ausschließlichen Endigungsbestimmungen alle Resolutivbedingungen unzulässig ²⁾. Eine solche erschöpfende Regelung findet sich in § 12 Abs. 2 WHG. Ist die Bewilligung einmal in Wirksamkeit getreten, so kann sie nach § 12 Abs. 2 WHG nur aus den dort genannten Gründen zurückgenommen werden. Dieser Katalog von ausschließlichen Rücknahmegründen könnte umgangen werden, wenn es zulässig wäre, beliebig andere Endigungsgründe auf dem Wege über eine auflösende Bedingung zu schaffen. Auflösende Bedingungen sind daher bei der Bewilligung ausgeschlossen ³⁾.

Im Unterschied zur Bewilligung sind jedoch bei der Erlaubnis echte auflösende Bedingungen für zulässig zu erachten. Wie es in § 15 Abs. 2 LWG heißt, kann die Erlaubnis insbesondere aus den dort aufgeführten Gründen widerrufen werden. Das Gesetz will also bei der Erlaubnis keine erschöpfende Regelung für das Ende der Wirksamkeit treffen, die durch Setzen von auflösenden Bedingungen umgangen werden könnte ⁴⁾.

Aus der erschöpfenden Endigungsregelung des § 12 Abs. 2 WHG kann jedoch nicht auf die Unzulässigkeit auch aufschiebender Bedingungen geschlossen werden.

1) Vgl. Wolff, S. 271.

2) Vgl. Kormann, S. 156.

3) Im Ergebnis GW, § 4, Anm. 2; Krüger, Grundfragen, S. 100, Anm. 169; a.A.: Burghartz, § 4, Anm. 1, aber ohne nähere Begründung.

4) Wie hier im Ergebnis auch Burhhartz, § 4, Anm.1.

Die aufschiebende Bedingung will schon das logische prae der Endigung, nämlich das Wirksamwerden der Berechtigung hinausschieben, so daß bei ihrem Ausfall der Verwaltungsakt nicht endigt, sondern gar nicht erst in Kraft getreten ist. Die abschließliche Regelung in § 12 Abs. 2 wird deshalb durch eine aufschiebende Bedingung auch nicht umgangen.

Auch sonst besteht kein Grund, der die Zulässigkeit echter aufschiebender Bedingungen sowohl für die Bewilligung als auch für die Erlaubnis ausschließen könnte. Im Gegenteil: ist der Wasserstand eines Gewässers für eine beabsichtigte Benutzungsausübung im Augenblick noch zu gering, sein baldiger Anstieg aber immerhin möglich und auch wahrscheinlich, so dient es der Beschleunigung des Verfahrens, eine bedingte Benutzungsberechtigung schon jetzt zu erteilen, statt die Zulassung vorerst zu versagen und den Antragsteller auf einen späteren Neuantrag zu verweisen.¹⁾

Allerdings kann die Rechtswirkung der Bewilligung oder Erlaubnis auf diesem Wege nicht allzu lange hinausgeschoben werden. Der in der vorgeschriebenen Fristsetzung für den Beginn der Benutzung zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers, daß die Ausnutzung des Wasserschatzes nicht zu lange durch ungenutzte Benutzungsberechtigungen blockiert wird, würde dem entgegenstehen²⁾.

Es ist daher notwendig, einen nicht zu weit entfernten Zeitpunkt zu bestimmen, bis zu dem die Bedingung eingetreten sein muß, andernfalls die

1) Im Ergebnis wie hier auch Burghartz, § 4, Anm. 1.

2) Das oben, S. 183, Gesagte wird man entsprechend auf die hier mit der Erteilung einer aufschiebend bedingten Berechtigung verbundene Anwartschaft beziehen müssen (vgl. hierzu auch Nipperdey, § 197 II, 4, S. 1199 f.).

Benutzungsberechtigung als endgültig nicht erteilt gilt. Die Bewilligung oder Erlaubnis dürfte also nur für den Fall zugesprochen werden, daß etwa der Wasserstand bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine gewisse Höhe erreicht hat. Damit wird die Bedingung nicht zu einer den Rechtsverlust begründenden Frist, sondern beides wird miteinander verbunden, was nicht ungewöhnlich ist ¹⁾. Im Unterschied zur reinen Fristsetzung kann die mit Frist bedingte Bewilligung oder Erlaubnis bereits vor Ablauf der Frist voll wirksam werden.

In diesem Falle müssen also drei Fristen unterschieden werden: die Frist, bis zu der die Bedingung eingetreten sein muß, die Frist für den Beginn der Benutzung vom Tage des Eintritts der Bedingung an gerechnet - denn vorher können dem Unternehmer wegen der Ungewißheit keine kostentragenden Vorbereitungen zugemutet werden - und schließlich die Frist, mit der die Bewilligung abläuft.

3. Zulässiger Zweck und Inhalt von Auflagen

§ 4 Abs. 1 Satz 1 WHG bestimmt ganz allgemein, daß die Erlaubnis und Bewilligung unter Festsetzung von Auflagen erteilt werden können. Auflagen können ihrem Inhalt nach zunächst darauf gerichtet sein, eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu verhüten oder auszugleichen, wie es in § 6 WHG heißt. Typische Gemeinschaftsinteressen, die im Rahmen des § 6 WHG zu wahren sind, werden in § 13 LWG aufgezählt. Eine Verhütungsmaßnahme i.S.d. § 6 WHG wäre etwa der Bau einer Kläranlage; zum Ausgleich von Austrocknungs-

1) Vgl. dazu Nipperdey, § 193 I, S. 1184.

schäden könnte beispielsweise eine zeitweilige Beregnung angeordnet werden.

Der Vorschrift des § 4 Abs. 1 Satz 1 WHG hätte es jedoch nicht bedurft, wenn es nur darum ginge, die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen zu statuieren, die notwendig sind, um eine Versagung der Erlaubnis oder Bewilligung aus Gründen des Allgemeinwohls zu vermeiden, um, mit anderen Worten, überhaupt die Genehmigungsfähigkeit, etwa auch nach § 34 Abs. 1 WHG, für die beabsichtigte Benutzung zu erreichen. Dazu hätten die Bestimmungen des § 6 und § 34 Abs. 1 WHG ausgereicht ¹⁾. Um deshalb dem § 4 Abs. 1 Satz 1 WHG einen sachlichen Gehalt zu geben, muß angenommen werden, daß er der Behörde weitergehende Befugnisse einräumt. Diese Bestimmung bietet die Möglichkeit, im Wege der Auflagen das Wohl der Allgemeinheit nicht nur vor Beeinträchtigungen zu schützen, sondern darüber hinaus das Allgemeinwohl im Zusammenhang mit der beabsichtigten Benutzung auch zu fördern ²⁾. § 4 Abs. 1 Satz 1 WHG trägt damit der Tatsache Rechnung, daß das WHG einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Benutzungsberechtigung nicht gewährt ³⁾. Besteht deshalb vor allem hinsichtlich des "Wie" der Benutzungszulassung ein Ermessensspielraum, so müssen Auflagen auch zulässig sein,

- 1) Zwar spricht § 6 WHG nur davon, daß eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu einer Versagung führen muß, falls nicht durch Auflagen eine solche Beeinträchtigung verhütet oder ausgeglichen werden kann. Doch kann auch nach § 34 Abs. 1 WHG eine Benutzungsberechtigung mit Rücksicht auf den verwaltungsrechtlichen Grundsatz des Übermaßverbotes nur versagt werden, wenn die Verhütung oder der Ausgleich nachteiliger Wirkungen nicht durch Auflagen möglich ist.
- 2) Wie hier SZ, § 4, Rn. 5; Burghartz, § 4, Anm. 2; a.A.: nur den Zusammenhang mit § 6 WHG betonend, GW, § 4, Anm. 1 und Anm. 5.
- 3) Vgl. oben, S. 113 f.

die einen anderen Zweck haben als den, die Genehmigungsfähigkeit der Benutzung zu erreichen ¹⁾. Zudem entsprechen Auflagen auch zur weitgehenden Förderung des Allgemeinwohls ganz allgemein dem Ziel des Gesetzes, den Wasserschatz bestmöglich zum allgemeinen Nutzen zu verwenden ²⁾. Es ist danach z.B. zulässig, dem Unternehmer eines Staubetriebes zur Auflage zu machen, an dem Stausee einen Badebetrieb im Interesse der Volksgesundheit zuzulassen, obwohl der Stausee die Volksgesundheit nicht beeinträchtigt und ein Badebetrieb an dem nicht gestauten Gewässer bisher nicht bestanden hat. Ebenso wäre es nicht ausgeschlossen, bei der Erlaubnis oder Bewilligung einer Grundwasserförderung dem Unternehmer im Wege einer Nebenbestimmung aufzugeben, das geförderte Grundwasser nach Gebrauch für Zwecke der Bodenbewässerung zur Verfügung zu stellen.

In § 4 Abs. 1 Satz 2 WHG ist gesagt, daß Auflagen auch zulässig sind, um nachteilige Wirkungen für andere zu verhüten oder auszugleichen. Sieder-Zeitler ³⁾ vertreten den Standpunkt, daß auch hierdurch der Rahmen für Auflagen erweitert werde. Ebensowenig wie im Falle des § 4 Abs. 1 Satz 1 WHG hätte es der Bestimmung des § 4 Abs. 1 Satz 2 WHG bedurft, wenn es lediglich ihr Zweck wäre, die Ablehnung einer Bewilligung oder Erlaubnis wegen beachtlicher Einwendungen Dritter (§ 8 Abs. 3 WHG, §§ 15 Abs. 1, 16 LWG) zu vermeiden. Dazu hätten die genannten Bestimmungen ausgereicht, wo ausdrücklich von Auflagen zugunsten Dritter die Rede

1) Vgl. dazu auch Krüger, Auflage, S. 522.

2) Vgl. BT-Drucks. 3536, S. 10.

3) § 4, Rn. 6.

sei. § 4 Abs. 1 Satz 2 WHG könne deshalb nur dann Bedeutung gewinnen, wenn er die Behörde ermächtige, auch zugunsten von rein privaten Interessen Dritter Auflagen festzusetzen, selbst wenn diese keine Einwendungen erhoben hätten.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Der von Sieder-Zeitler gezogene Schluß widerspricht im Ergebnis dem allgemeinen Grundsatz, daß die Verwaltung von Amtswegen nicht rein private Interessen schützen, sondern nur um der öffentlichen Interessen willen tätig werden darf. Schon deshalb bestehen Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Auslegung. Hinzu kommt folgende Überlegung: Können von einer geplanten Benutzung zu erwartende Beeinträchtigungen von rein privaten Interessen Dritter nur dadurch vermieden werden, daß die Benutzung überhaupt nicht zugelassen wird, so wäre Voraussetzung für eine dementsprechende Versagung der Benutzungsberechtigung, daß der Betroffene Einwendungen erhebt (§ 8 Abs. 3 WHG, § 16 LWG)¹⁾. Demgegenüber leuchtet es nicht ein, daß die Behörde jedoch bei solchen weniger schweren Beeinträchtigungen, die noch durch Auflagen zu verhüten wären, auch von Amts wegen vorgehen und ohne Einwendungen die Betroffenen allein auf Grund des § 4 Abs. 1 Satz 2 WHG schützen kann. § 4 Abs. 1 Satz 2 WHG kann deshalb nur als ein Hinweis darauf verstanden werden, daß hinter den Privatinteressen auch öffentliche Interessen stehen können, die es rechtfertigen, auch von Amts wegen Auflagen zugunsten anderer zu erteilen.

Wie bei jeder Verwaltungstätigkeit, so sind auch bei der Festsetzung von Auflagen die allgemeinen Verbote und Gebote zu beachten. Zu diesen Schranken

1) Vgl. dazu auch oben, S. 159 f., wo dargelegt ist, daß die Behörde nicht etwa ihr Entschließungs-
ermessen dazu verwenden darf, um rein private
Interessen Dritter von Amts wegen zu schützen -
also unabhängig davon, ob Einwendungen erhoben
worden sind.

behördlichen Handelns zählt neben dem Übermaßverbot ¹⁾ vor allem auch das Gebot der Sachorientiertheit. Danach darf die Behörde nur solche Auflagen festsetzen, die noch in den Rahmen der vom Gesetzgeber mit den Wassergesetzen verfolgten sachlichen Zwecke fallen ²⁾. Jene Zweckbezogenheit ist eine Rechtsschranke, ihre Beachtung daher eine Rechtsfrage ³⁾.

Dementsprechend könnte nicht etwa im Wege der Auflage die Haftung des Staates für solche Schäden ausgeschlossen werden, die dem Inhaber einer Bewilligung oder Erlaubnis an den Benutzungsanlagen durch bauliche Maßnahmen des Staates, etwa einem Gewässerausbau, oder durch die Unterlassung von Gewässerinstandhaltungsarbeiten - sei es auch nur aus Fahrlässigkeit heraus - entstehen. Ein solcher Haftungsausschluß liegt im fiskalischen Interesse, das mit den Zwecken der Wassergesetzgebung nicht zu vereinbaren ist ⁴⁾. Überdies verlangt der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, daß die einem Staatsbürger durch die Verwaltung auferlegten Verpflichtungen voraussehbar und meßbar sein müssen. Dem würde ein Haftungsausschluß für alle auf Fahrlässigkeit beruhenden Schäden, die jemals in der Zukunft durch Maßnahmen oder Unterlassungen des Staates entstehen können, widersprechen. Bei einem derartigen Haftungsausschluß wäre es nicht mehr möglich, Art, Ausmaß und Auswirkungen etwaiger Schäden auf das Benutzungs-

1) Vgl. dazu oben, S. 124.

2) Vgl. dazu Eyermann-Fröhler, §.42, Anh., Rn. 23; Forsthoff, S. 198 f.

3) Vgl. Mayer, Opportunitätsprinzip, S. 24 ff.; Jesch, S. 210 f.

4) Vgl. dazu auch BGH in NJW 1962, S. 294.

Unternehmen auch nur in Umrissen zu erkennen und einzurechnen. Zudem würde eine solche Klausel auch auf eine Änderung der Amtshaftungsbestimmungen des Grundgesetzes (Art. 34) hinauslaufen. Selbst durch ein Gesetz könnten diese Bestimmungen nicht eingeschränkt werden. Die Fassung des Art. 34 GG, daß "grundsätzlich" der Staat oder sonstige Verwaltungsträger haften, ist nur eine Bekräftigung der Haftungsregel, nicht aber als ein Vorbehalt für eine Änderung der Haftung durch den Gesetzgeber zu verstehen ¹⁾. Wenn aber schon eine Freizeichnung durch Gesetz nicht möglich ist, dann ist eine solche erst recht durch einen Verwaltungsakt verboten.

Vom Gesetzeszweck her gesehen wäre es dagegen zulässig, dem Benutzer Unterhaltungsverpflichtungen aufzuerlegen, um beispielsweise die von seiner Abwassereinleitung herrührenden Schlammablagerungen zu beseitigen. Voraussetzung für die Übertragung der Unterhaltungslast ist jedoch immer, daß die in § 58 Abs. 3 LWG dafür festgesetzten Grenzen innegehalten werden. Andernfalls würde die Auflage gegen die zwingenden Gesetzesvorschriften über die Verteilung der Unterhaltungspflichten verstoßen.

Gegebenenfalls kann auch eine Verpflichtung zur Geldleistung als zweckgerechte Auflage festgesetzt werden. Das ist dann der Fall, wenn sich die Zahlung als eine Kostenbeteiligung an Verhütungs- oder Ausgleichsmaßnahmen darstellen würde, die von privater Seite, Vereinen oder Verbänden, getroffen werden ²⁾. Die Auferlegung solcher Kosten

1) Vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 506.

2) Zu Beitragszahlungen an öffentliche Körperschaften vgl. unten, S. 208 ff.

hat ihren Grund darin, daß die geplante Benutzung an sich Belange der Allgemeinheit beeinträchtigt, nur daß hier anstelle des Benutzers andere die nachteiligen Wirkungen verhüten oder ausgleichen. Die Geldleistungen sind also aus einem Zweck heraus geboten, der auch mit einer Sachleistung zulässigerweise hätte verfolgt werden können, so daß das Gebot der Sachorientiertheit hier nicht entgegensteht ¹⁾.

Von den Geldleistungen als Kostenbeteiligung sind die in § 8 Abs. 3 Satz 2 WHG, § 16 Abs. 2 LWG vorgesehenen Entschädigungszahlungen zu unterscheiden, die einen eingetretenen Vermögensschaden ausgleichen sollen. Obwohl solche Entschädigungszahlungen im Gesetz ausgesprochen sind, ihre Auferlegung also vom Gesetzeszweck her gesehen gerechtfertigt wäre, können sie dennoch nicht zum Gegenstand von Auflagen gemacht werden. Denn die Erfüllung von Entschädigungsverpflichtungen hat das Gesetz auf einem anderen, speziellen Wege sichergestellt. Gemäß den §§ 123 ff. LWG werden Entschädigungszahlungen durch einen selbständigen und zugunsten des Geschädigten vollstreckbaren Bescheid auferlegt, welcher der Sache nach neben dem Bewilligungs- oder Erlaubnisbescheid steht.

4. Im WHG enthaltene Beispiele von Auflagearten

a. Beobachtungs- und Überwachungsmaßnahmen

Gewöhnlich haben die Auflagen den Zweck, nachteiligen Wirkungen der Benutzung unmittelbar zu bege-

1) Vgl. auch Willigmann, S. 230.

nen. In § 4 Abs. 2 WHG hat jedoch der Gesetzgeber auch Auflagen genannt, mit denen nachteiligen Benutzungsfolgen mittelbar entgegengewirkt werden soll ¹⁾. Nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 WHG können Maßnahmen zur Beobachtung der Wasserbenutzung angeordnet werden, etwa zur Kontrolle des Grundwasserstandes bei einer Grundwasserentnahme, oder zur Prüfung der Wassergüte bei Abwassereinleitungen. Als Maßnahmen kommen vor allem Pegel, Beobachtungsbrunnen und Abwassermeßgeräte in Betracht.

§ 4 Abs. 2 Nr. 2 WHG sieht vor, daß im Wege der Auflage die Bestellung eines verantwortlichen Betriebsbeauftragten vorgeschrieben werden kann. Die Institution des Betriebsbeauftragten ist vom Gesetzgeber als ein Instrument der Benutzungsüberwachung gedacht, wie die Entstehungsgeschichte deutlich macht. Die Bestimmung des § 4 war im Regierungsentwurf noch in einem Absatz gefaßt, dessen Satz 2 vorsah, daß durch Auflagen Maßnahmen zur Beobachtung der Benutzung, insbesondere die Bestellung verantwortlicher Betriebsbeauftragter vorgeschrieben werden könne ²⁾. Der zweite Sonderausschuß WHG des Bundestages hat später lediglich aus Gründen der besseren Übersicht die in § 4 aufzunehmenden Bestimmungen in zwei Absätze aufgeteilt und den zweiten Absatz untergliedert ³⁾.

Da die Bestellung des Betriebsbeauftragten als eine Beobachtungsmaßnahme nur im Wege der Auflage erfolgen kann, diese aber von einer Erlaubnis oder

1) GW, § 4, Anm. 8; Rehder, NWG, § 4, Anm. 2.

2) Vgl. die Wiedergabe bei Kolb, WHG, S. 61.

3) Vgl. die Wiedergabe bei Kolb, WHG, S. 62; wie hier im Ergebnis auch Köhler, Betriebsbeauftragte, S. 51; ferner 79. Koll., Ref. Gieseke, S. 2.

Bewilligung abhängig ist, so kann dementsprechend auch die Überwachungsfunktion nur auf den Bereich ausgedehnt werden, der Gegenstand der wasserrechtlichen Befugnis ist. Der Betriebsbeauftragte kann deshalb nicht zur Überwachung der gesamten Wasserwirtschaft beispielsweise eines Gewerbebetriebes bestellt werden, sondern seine Funktion kann sich nur auf die in der Erlaubnis oder Bewilligung bezeichnete bestimmte Gewässerbenutzung für einen bestimmten Zweck erstrecken. Ihm obliegt also insbesondere die Kontrolle von Art und Maß der genehmigten Benutzung sowie der Einhaltung der dem Unternehmer gesetzten Bedingungen und Auflagen.

Aus der Fassung des § 4 Abs. 2 Nr. 2 WHG folgt, daß der Betriebsbeauftragte nicht vom Staat, sondern von demjenigen bestellt wird, an den die Auflage gerichtet ist - das ist der Unternehmer der Gewässerbenutzung ¹⁾. Darüber hinaus ist nicht erforderlich, daß der Betriebsbeauftragte noch durch einen besonderen behördlichen Akt in Pflicht genommen wird, wie dies etwa bei den Fischerei- oder Jagdaufsehern der Fall ist ²⁾.

Der "Betriebs"beauftragte wird nicht vom Betrieb, sondern von dem Unternehmer, an den die Auflage gerichtet ist, für den Betrieb beauftragt. Eine Bestimmung des Begriffes "Betrieb" wird vom WHG nicht gegeben. Das Gesetz verweist damit auf die Bedeutung, die der allgemeine Sprachgebrauch mit jenem Begriff verbindet. Danach wird der Betrieb als eine technische Einheit verstanden, als eine Vereinigung von Mitteln, zur fortgesetzten

1) Vgl. Köhler, Der wasserwirtschaftliche Betriebsbeauftragte, S. 345.

2) Vgl. dazu § 119 Abs. 7 FG; § 25 Abs. 1 Satz 1 Bundesjagdgesetz.

Verfolgung eines technischen Zweckes¹⁾. In diesem Sinne ist der Betriebsbeauftragte Beauftragter für den Betrieb der in der Erlaubnis oder Bewilligung geregelten Gewässerbenutzung. Daraus, daß nur auf den technischen Betrieb der Benutzung abgestellt ist, folgt, daß grundsätzlich für jede Gewässerbenutzung, ganz gleich zu welchem Zweck, ein Betriebsbeauftragter bestellt werden kann. Es ist also nicht Voraussetzung, daß die Gewässerbenutzung einem wirtschaftlichen Unternehmen dient, wie man aus dem Wort "Betriebsbeauftragter" zunächst schließen könnte. Die Gewässerbenutzung kann auch zugunsten jedes anderen kommunalen, landwirtschaftlichen oder sonstigen Unternehmens erfolgen.

Wieweit der Überwachungsauftrag reicht, ist Sache der behördlichen Bestimmung. Die Behörde kann im einzelnen festlegen, ob der Betriebsbeauftragte für die Kontrolle des Ausmaßes der Benutzung, der Einhaltung von Auflagen oder auch des gesamten technischen Betriebes der Benutzung verantwortlich sein soll. Als notwendiges Korrelat zu den Pflichten des Betriebsbeauftragten müssen ihm auch genügend Rechte zur Erfüllung seiner Pflichten eingeräumt sein. Auch insoweit wird man deshalb die notwendigen Vorschreibungen für die innerbetrieblichen Kompetenzen des Betriebsbeauftragten im Wege der Auflage zulassen müssen²⁾.

Aus dem Übermaßverbot folgt, daß die Verwaltung die Freiheit des einzelnen, das notwendige aus eigenem Antrieb und nach eigenem Gutdünken zu tun,

1) Vgl. dazu Jacobi, S. 7; Gieseke, Bedeutung, S. 121 f.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 473.

2) Vgl. auch SZ, § 4, Rn. 20.

nicht ohne zwingenden Grund einschränken darf ¹⁾. Dementsprechend muß die Verwaltung dem Benutzer auch bei der Auswahl des Betriebsbeauftragten grundsätzlich freie Hand lassen. Trägt jedoch die Qualifikation des Betriebsbeauftragten seinem Aufgabenkreis keine Rechnung, so ist die Auflage als nicht befolgt anzusehen ²⁾. Nur wenn es zur Erreichung des mit der Auflage verfolgten Zieles aus besonderen Gründen notwendig erscheint, weil z.B. die Überwachungsfunktion im Einzelfall einen bestimmten Grad technischer Vorkenntnisse verlangt, kann die Behörde auch bestimmen, welchen beispielsweise fachlichen Anforderungen der Betriebsbeauftragte genügen muß ³⁾. Dadurch unterscheidet sich der Betriebsbeauftragte von den Aufsichtspersonen des ABG, bei denen die Behörde auf die Auswahl stets Einfluß nehmen kann (vgl. §§ 73 ff.).

Soweit in der Auflage zulässigerweise Bestimmungen über die Funktion, Kompetenz und Qualifikation des Betriebsbeauftragten enthalten sind, ist die Behörde auch befugt, ihre Einhaltung zu überwachen (vgl. dazu § 21 WHG). Die Behörde kann jedoch nicht darüber wachen, wie der Betriebsbeauftragte seine Funktionen wahrnimmt und ihm im Einzelfall dazu Weisungen erteilen. Den Überwachungsauftrag unabhängig von seinem Inhalt und Umfang hat der Betriebsbeauftragte vom Unternehmer und nur von diesem erhalten, so daß der Beauftragte auch nur diesem gegenüber für die Ausführung des Auftrages verantwortlich ist im Rahmen der privatrechtlich übernommenen Verpflichtungen. Eine darüber hinaus-

1) Vgl. oben, S. 124.

2) Vgl. GW, § 4, Anm. 11; Köhler, Betriebsbeauftragte, S. 45.

3) Vgl. hierzu auch SZ, § 4, Rn. 20.

gehende Weisungsgebundenheit des Betriebsbeauftragten gegenüber der Behörde hätte im Gesetz ausdrücklich statuiert werden müssen. Allein aus der Formulierung "verantwortlicher Betriebsbeauftragter" in § 4 Abs. 2 WHG kann eine solche Weisungsgebundenheit noch nicht hergeleitet werden. Damit ist wohl eher die zivilrechtliche Verantwortung des Betriebsbeauftragten gegenüber dem Betriebsinhaber als dem Inhaber der Benutzungsberechtigung gemeint ¹⁾.

Auch eine Auskunftspflicht des Betriebsbeauftragten ist im WHG im Gegensatz zu anderen gesetzlichen Bestimmungen über Hilfspersonen (vgl. § 8 des Lebensmittelgesetzes und § 23 des Weingesetzes) nicht vorgesehen. § 21 WHG, der sich mit der behördlichen Überwachung einer Benutzung befaßt, legt auch ausdrücklich nur dem Inhaber einer Erlaubnis oder Bewilligung gewisse Pflichten - wozu auch Auskunftspflichten gehören ²⁾ - gegenüber der überwachenden Wasserbehörde auf. Im Vergleich zu anderen Gesetzen läßt sich daraus folgern, daß der Gesetzgeber des WHG den Betriebsbeauftragten nicht zur Auskunft gegenüber der Wasserbehörde verpflichten wollte ³⁾.

b. Kostenbeiträge

aa. Wesen und Voraussetzung der Beitragspflicht

Nach § 4 Abs. 2 Nr. 3 WHG können dem Unternehmer

1) Vgl. dazu auch Burghartz, § 4, Anm. 4; SZ, § 4, Rn. 20.

2) Vgl. GW, § 21, Anm. 12.

3) Vgl. auch Köhler, S. 54 f.

Kostenbeiträge zu wasserwirtschaftlichen Maßnahmen öffentlich-rechtlicher Körperschaften auferlegt werden.

Wenn der Gesetzgeber den Begriff "Beiträge" ausdrücklich verwendet, so ist anzunehmen, daß er damit auch den Inhalt verknüpft wissen will, dem dieser Begriff in Theorie und Praxis allgemein zukommt ¹⁾. Danach handelt es sich um öffentlich-rechtliche Geldleistungen zur Verringerung oder Deckung der Kosten einer öffentlichen Veranstaltung, die von denjenigen gefordert werden, denen die Veranstaltung besondere Vorteile gewährt ²⁾. Der Vorteil, der durch den Beitrag ausgeglichen werden soll, liegt für den Benutzer darin, daß durch Maßnahmen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft eine mit der Benutzung an sich verbundene Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit verhütet oder ausgeglichen wird, daß also eine Versagung der Bewilligung oder Erlaubnis gemäß § 6 WHG durch Maßnahmen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts abgewendet wird. Kann z.B. eine Wasserentnahme für eine Beregnungsanlage nur erlaubt oder bewilligt werden, weil eine Körperschaft des öffentlichen Rechts durch den Bau einer Tal-sperre die Wasserführung verbessert hat, so kann der Benutzer, dem die Maßnahme zugute kommt, auch zu angemessenen Beiträgen herangezogen werden.

Die Erhebung eines Beitrages im abgabenrechtlichen Sinne läßt sich nur auf einen solchen Vorteil

1) Vgl. dazu BVerfGE 9, 297.

2) Vgl. v. Rosen-v.Höwel, S. 465; Wolff, S. 217.

stützen, der einem bestimmten Personenkreis aus der sachlichen Zweckbestimmung der öffentlichen Veranstaltung erwächst ¹⁾). Soll der Vorteil abgegolten werden, der dem Benutzer daraus entsteht, daß eine Körperschaft des öffentlichen Rechts eine mit der Benutzung an sich verbundene Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit verhütet oder ausgleicht, so ist deshalb Voraussetzung dafür, daß die von der öffentlich-rechtlichen Körperschaft getroffene Veranstaltung auch den Zweck haben, die mit der beabsichtigten Benutzung verbundenen Beeinträchtigungen zu verhüten oder auszugleichen.

Eine Beitragsleistung für allgemeine Maßnahmen zur Verbesserung der Wasserwirtschaft kann also auf Grund von § 4 Abs. 2 Nr. 3 nicht angeordnet werden. Ist die öffentliche Veranstaltung darauf gerichtet, eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu verhindern, dient sie aber daneben auch noch anderen Zwecken, so kann nur ein entsprechender Teil ihrer Kosten der Beitragsberechnung zugrunde gelegt werden.

Wie das Gesetz sagt, kann die Beteiligung an den Kosten solcher öffentlich-rechtlicher Schutzmaßnahmen verlangt werden, die getroffen werden, "um eine mit der Benutzung verbundene Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu verhüten oder auszugleichen". Aus dieser Formulierung darf nicht geschlossen werden, daß sich der Zweck der Schutzmaßnahme ausdrücklich auf die in Frage stehende Gewässerbenutzung beziehen muß. Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 Nr. 3 WHG ist es, eine Vorteilsausgleichung herbeizuführen. Legt man die Betonung

1) Vgl. BVerfGE 9, 298; 7, 255.

auf diesen Gedanken, so genügt es, daß mit der Schutzmaßnahme der Zweck verfolgt wird, die mit Benutzungen der in Frage stehenden Art verbundenen Beeinträchtigungen des Wohles der Allgemeinheit zu verhüten¹⁾.

Da es nur auf den Vorteil ankommt, der dem einzelnen Benutzer erwächst, ist es nicht von Belang, ob der öffentlich-rechtlichen Körperschaft gerade durch die beantragte einzelne Gewässerbenutzung zusätzliche Kosten entstehen werden. Auch wenn die Maßnahmen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft in ihrem bisherigen Umfange beibehalten werden, kann der künftige Benutzer zu Beiträgen herangezogen werden, wenn diese Maßnahmen in Zukunft auch ihm zu Nutzen sind.

Immer ist jedoch Voraussetzung, daß der öffentlich-rechtlichen Körperschaft aus ihren Maßnahmen auch tatsächlich Kosten entstehen. Denn Beiträge dürfen nur zur Deckung tatsächlicher Kosten erhoben werden. Keine Kosten können etwa dann entstehen, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft lediglich die Stauzeiten verändert, um so eine Wasserführung des Flusses zu regulieren; anders dagegen, wenn bauliche Veränderungen an der Stauanlage vorgenommen werden müssen.

Gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 3 können Beiträge nicht nur für Schutzmaßnahmen auferlegt werden, die bereits getroffen sind, sondern auch für solche, die erst in der Zukunft liegen. Sollen zukünftige Maßnahmen abgegolten werden, so ist Voraussetzung dafür, daß es sich um solche handelt, deren Gestalt und Um-

1) Im Ergebnis wie hier Burghartz, § 4, Anm. 4 b.

fang bereits feststeht, so daß eine Grundlage für die Beitragsberechnung gegeben ist. Liegen noch keine festen Pläne für die Schutzmaßnahme vor, so kann der Beitrag nicht etwa nur dem Grunde nach festgesetzt werden und die Entscheidung über die Höhe vorbehalten werden. Eine solche Anordnung des Kostenbeitrages nur dem Grunde nach genügt nicht der für einen Verwaltungsakt erforderlichen Bestimmtheit und Voraussehbarkeit ¹⁾.

Ist es zulässig, einen Beitrag für eine zukünftige Maßnahme zu erheben, so ist der wasserrechtliche Bescheid so zu fassen, daß die Beitragspflicht nur besteht, wenn die Maßnahme auch tatsächlich getroffen wird. Ergibt sich nachträglich, daß die Veranstaltung nicht zustande kommt, so entfällt die Beitragspflicht. Die Auflage wird gegenstandslos.

bb. Angemessenheit der Beiträge

Aus dem Begriff der Beiträge, daß sie die Gegenleistung für die besonderen Vorteile sind, die der Benutzer aus den Maßnahmen der öffentlich-rechtlichen Körperschaft erlangt, ergibt sich, daß ihre Höhe nach dem Umfange der Vorteile zu bemessen ist, welche die Maßnahmen gewähren. Sind die Beiträge nach den Vorteilen zu bemessen, so ist damit einmal gemeint, daß die Beiträge der einzelnen Benutzer untereinander nach dem Verhältnis ihrer Vorteile (prozentual) abgestuft werden müssen, und zum anderen, daß der Beitrag des einzelnen Benutzers für sich betrachtet in

1) Vgl. SZ, § 4, Rn. 23.

ein angemessenes Verhältnis zu seinem besonderen Vorteil gestellt werden muß und diesen keinesfalls überschreiten darf ¹⁾. Dieser Gedanke der Angemessenheit, der schon dem Beitragsbegriff selbst immanent ist, wird noch einmal besonders betont, wenn in § 4 Abs. 2 Nr. 3 WHG gesagt ist, daß die Beiträge angemessen sein müssen.

Als Bemessungsmaßstäbe für die einzelnen Vorteile der Benutzer bieten sich an: der kapitalisierte Nutzen aus der Wasserbenutzung, die aus der Benutzung gewonnene Kraft, etwa nach PS-Zahlen, der Wasserverbrauch, die benutzte Wasseroberfläche, die Zahl der Benutzungstage, die Entlastung von eigenen Schutzmaßnahmen, etwa zur Klärung der Abwässer, oder auch das Maß der mit der Benutzung an sich verbundenen Gefährlichkeit für das Wohl der Allgemeinheit. Eine Abstufung der Beiträge nach den persönlichen Verhältnissen des Beitragspflichtigen würde jedoch dem Prinzip der Vorteilsausgleichung zuwiderlaufen und wäre deshalb unzulässig ²⁾. Nicht in allen Fällen ist es technisch und praktisch möglich, den Umfang der Einzelveile exakt festzustellen. Deshalb ist es auch zulässig, die Beiträge nach dem wahrscheinlichen Umfang der Vorteile zu bemessen (Wahrscheinlichkeitsmaßstab im Gegensatz zum Wirklichkeitsmaßstab) ³⁾.

Die Beiträge werden nur zur Deckung der durch die Schutzmaßnahmen veranlaßten Kosten erhoben.

Oberste Grenze der Kosten, die der Beitragserhebung zugrunde gelegt werden darf, sind dabei die

1) Vgl. v. Rosen-v. Höwel, S. 466 f.; OVG 45, 70.

2) Vgl. dazu v. Rosen-v. Höwel, S. 467; Rumetsch, § 8, Anm. 11 b.

3) Vgl. dazu Rumetsch, § 8, Anm. 11 a.

tatsächlichen Nettokosten, die der öffentlich-rechtlichen Körperschaft erwachsen ¹⁾. Ob der Gesamtbetrag dieser Kosten oder nur ein Teil davon als Beiträge umgelegt werden können, hängt davon ab, ob die von der öffentlich-rechtlichen Körperschaft getroffenen Maßnahmen ausschließlich den Beitragsschuldnern Vorteile bringen oder ob sie diesen zwar gewisse Vorteile gewähren, daneben aber mehr oder weniger auch der Allgemeinheit dienen. Je nach dem Grade des öffentlichen Interesses an den Schutzmaßnahmen muß ein entsprechender Teil der Kosten von der Umlegung als Beitrag ausgenommen werden. Auch soweit die Körperschaft lediglich im eigenen Interesse tätig wird, sind die dadurch bedingten Kosten von der Umlage auszunehmen ²⁾.

5. Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge anstelle der Festsetzung von Auflagen

Abschließend ist die Frage von Interesse, ob und inwieweit im Rahmen des § 4 WHG verwaltungsrechtliche Verträge anstelle der Festsetzung von Auflagen geschlossen werden dürfen.

Die grundsätzliche Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen auch in Form sog. subordinationsrechtlicher Verträge zwischen Hoheitsträgern und den jeweils Gewalt unterworfenen ist heute allgemein anerkannt. Meinungsverschiedenheiten bestehen jedoch darüber, innerhalb welcher Grenzen das öffentliche Recht für rechtsgeschäft-

1) sog. Kostendeckungsprinzip, vgl. dazu BVerwG in NJW 1962, S. 1312; NJW 1961, S. 2129 und NJW 1956, S. 765.

2) Vgl. v. Rosen-v. Höwel, S. 467.

liche Abreden Raum läßt. Die hierzu entwickelten Meinungen können auf zwei Grundthesen zurückgeführt werden. Eine vor allem von Salzwedel ¹⁾ und Eyermann-Fröhler ²⁾ vertretene Ansicht geht davon aus, daß die Verwaltung dort, wo ihr durch Gesetz hoheitliche Befugnisse eingeräumt sind, ihre Aufgaben nicht stets und ausschließlich mit Hilfe dieser Befugnisse erfüllen müsse. Vielmehr sei es ihr nicht verwehrt, auch auf vertraglichem Wege vorzugehen, wenn sie die ihr gestellten Aufgaben so besser erreichen könne. Ein die hoheitlichen Befugnisse regelndes Gesetz sei nur in dem Sinne zwingend, daß es die Behörde an Art und Ausmaß ihrer Befugnisse binde. Es zwingt die Behörde aber nicht, die ihr übertragenen Aufgaben nur mit den gesetzlichen Mitteln, d.h. im Bereich der Hoheitsverwaltung nur durch einseitige hoheitliche Maßnahmen und keine anderen wahrzunehmen. Der modernen Auffassung vom Verhältnis Staat - Untertan entspreche es, die Anwendung hoheitlicher Mittel möglichst als letzten Ausweg vorzusehen. Verwaltungsrechtliche Vertragsabreden seien im Bereich der Hoheitsverwaltung nur dann ausgeschlossen, wenn ein einseitiges hoheitsrechtliches Handeln vorgeschrieben sei oder sich dies aus der Natur des Rechtsgebietes von selbst ergebe ³⁾. Zulässigkeitsgrenzen für den öffentlich-rechtlichen Vertrag seien darüber hinaus vor allem am Gleichheitsgrundsatz und an dem der Behörde gegebenen Ermessensrahmen zu orientieren.

1) Grenzen, S. 114 ff.

2) § 40, Rn. 10.

3) Vgl. dazu auch OVG Lüneburg in NJW 1957, S. 77.

Die Gegenmeinung, vertreten vor allem von Forsthoff ¹⁾, Fleiner ²⁾ und Stern ³⁾, verlangt, daß eine Rechtsnorm den Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge mit subordinationsrechtlichem Charakter ausdrücklich gestattet. Letzterer Ansicht ist der Vorzug zu geben. Das öffentliche Recht ist in dem Maße zwingend, als es grundsätzlich eine gleichwertige Mitwirkung des Staatsbürgers im Verhältnis zum Hoheitsträger ausschaltet und sich eine einseitige Gestaltung der Rechtsbeziehungen vorbehält, wenn nicht der Weg vertraglicher Regelung unter echter Mitwirkung des Staatsbürgers vom Rechtssatz ausdrücklich vorgesehen ist. Das typische Gestaltungsmittel der öffentlichen Gewalt im Subordinationsverhältnis ist die einseitige Anordnung, der Verwaltungsakt, von dem die Verwaltung nur dann abgehen kann, wenn das Gesetz es zuläßt. Es gibt keine allgemeine Regel, nach der die Ausübung der staatlichen Gewalt durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung anders gestaltet werden könne, als durch das Gesetz vorgeschrieben, es sei denn, daß im Gesetz selbst eine solche Vereinbarung ausdrücklich zugelassen worden ist ⁴⁾. Die Bindung des Vertrages an eine Zulassung durch eine Rechtsnorm mindert auch die Gefahr für die Wahrung des Gleichheitsgrundsatzes. Es liegt im Wesen des Vertrages, daß er sich den individuellen Verhältnissen der Vertragspartner anpaßt. Dabei kann es leicht zu einer Privilegierung der nicht hoheitlichen Ver-

1) S. 254.

2) S. 210 f.

3) Grundlegung, S. 131 ff.

4) Vgl. dazu auch BVerwG in NJW 1957, S. 556.

tragspartner kommen. Demgegenüber bietet die mehr typisierende Regelung des Verwaltungsaktes eher die Gewähr einer gleichmäßigen Behandlung. Überdies haben vertragliche Bindungen für den Hoheitsträger den Nachteil, daß sie in der Regel nicht einseitig gelöst werden können. Wollte man deshalb Vertragsbindungen der öffentlichen Hand in weitem Umfange zulassen, so besteht die Gefahr, daß sich die Verwaltung auf die Dauer in einem Netz von Vertragsabsprachen verstrickt.

Ist danach eine ausdrückliche Ermächtigung des Hoheitsträgers zum Abschluß des öffentlich-rechtlichen Vertrages zu verlangen, so reicht dazu ein Ermessensspielraum der Behörde, wie er hier im Rahmen des § 4 WHG zugestanden ist, allein nicht aus. Ist der Behörde eine Ermessensentscheidung überlassen, so bezieht sich die Freiheit der Behörde in der EntschlieÙung regelmäßig nur darauf, die vom Gesetz in Aussicht gestellte Rechtsfolge auszusprechen. Nicht gemeint ist damit auch eine Freiheit, die Rechtsfolge entweder durch einseitige hoheitliche Anordnung oder mittels des öffentlich-rechtlichen Vertrages zu setzen. Ein Ermessensspielraum für die Behörde allein genügt nicht, um von dem typischen Gestaltungsmittel der Verwaltung, dem Verwaltungsakt, abweichen zu können, es sei denn, daß sich der gesetzlich zugebilligte Ermessensspielraum ausdrücklich auch auf die Auswahl des Mittels erstreckt. Da eine solche ausdrückliche Ermächtigung im Zusammenhang mit § 4 WHG nicht gegeben ist, muß danach ein öffentlich-rechtlicher Vertrag als Gestaltungsmittel grundsätzlich ausscheiden.

Eine andere Beurteilung findet Platz, wenn es sich um öffentlich-rechtliche Verträge im Koordinationsverhältnis handelt. Im Rahmen eines Gleichordnungsverhältnisses tritt der Verwaltungsakt nicht als typische Regelungsform auf. Es bedarf deshalb auch keiner ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung, um von dem Mittel des Verwaltungsaktes zugunsten einer vertraglichen Regelung abzuweichen. Es reicht aus, wenn der Gesetzgeber einen Ermessensspielraum für den Vollzug seiner Absichten eingeräumt hat, damit einen Bereich eigenständiger Verfügungsmacht gewährt hat und nicht ausdrücklich oder nach Sinn und Zweck der Regelung ein öffentlich-rechtlicher Vertrag als Gestaltungsmittel ausgeschlossen worden ist ¹⁾.

Zwar ist ein Koordinationsverhältnis im allgemeinen nur dann gegeben, wenn sich entweder zwei Hoheitsträger auf gleicher Stufe oder zwei Privatpersonen, die einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen, gegenüberstehen. Aber auch in einem generell subordinationsrechtlich ausgestalteten Verhältnis können im konkreten Fall zum Teil koordinationsrechtliche Beziehungen angenommen werden. Das ist vor allem dann der Fall, wenn es sich um technisch-zweckmäßig zu lösende Fragen handelt ²⁾. Solche Fragen können im Rahmen des § 4 Abs. 2 WHG z.B. dann aktuell werden, wenn es darum geht, die technischen Vorkehrungen zur Beobachtung der Wasserbenutzung (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 WHG) im einzelnen zu regeln. Insoweit bleibt Raum für eine vertragliche Absprache zwischen Wasserbehörde und Wasserbenutzer über die Einzelheiten der technischen Durchführung.

1) Vgl. dazu Stern, Grundlegung, S. 145.

2) Vgl. dazu Stern, Rechtsfragen, S. 562.

4. Teil: Aufhebung und Beschränkung der Benutzungsberechtigungen

A. Zurücknahme der Bewilligung

I. Begriff der Zurücknahme

1. Terminologie

Die Bewilligung kann allein nach § 12 WHG zurückgenommen werden ¹⁾. Die heute herrschende Meinung ²⁾ versteht im allgemeinen unter Rücknahme die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes. Der Gesetzgeber des WHG hat sich jedoch diese Terminologie nicht zu eigen gemacht, wie insbesondere aus § 12 Abs. 2 WHG erhellt. Hier ist generell von einer Rücknahme die Rede, obwohl der Begriff - wie ihn die herrschende Meinung versteht - allenfalls bei § 12 Abs. 2 Nr. 1 WHG (Erschleichung der Bewilligung) am Platze sein kann. Die Bewilligung als solche wird nicht allein dadurch rechtswidrig, daß der Inhaber eine ihm gesetzte Ausführungsfrist verstreichen läßt (§ 12 Abs. 2 Nr. 2), oder dadurch, daß der Bewilligungsinhaber ein Gewässer über den Rahmen seines Rechtes hinaus benutzt (§ 12 Abs. 2 Nr. 3 und 4).

Es kommt deshalb für die Rücknahme auch nicht darauf an, ob die Bewilligung von Anfang an rechtswidrig war, oder ob sie als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung nachträglich rechtswidrig geworden ist ³⁾.

1) Vgl. § 12 Abs. 2 WHG "nur".

2) Vgl. Bachof, Verfassungsrecht, S. 253; Forsthoff, S. 238.

3) Vgl. dazu Haueisen, Verwaltungsakte, S. 1065.

2. Ex-nunc-Wirkung

Wolff ¹⁾ spricht von einer "Zurücknahme", wenn ein Verwaltungsakt mit Wirkung ex tunc rückgängig gemacht wird, so daß er rechtlich als nicht erlassen gilt. Wollte man den Begriff der Zurücknahme in § 12 WHG in diesem Sinne auffassen, so stände es bei Erfüllung einer der in § 12 aufgeführten Tatbestände im Ermessen der Behörde ("kann"), ob sie die Bewilligung mit Wirkung ex tunc oder ex nunc - gegenüber der Rücknahme mit Vergangenheitswirkung nicht ein aliud, sondern ein minus ²⁾ - zurücknimmt. Die Folge einer Zurücknahme ex tunc wäre zwar nicht, daß dem Benutzer nachträglich eine Geldbuße wegen unbefugter Gewässerbenutzung auferlegt werden könnte ³⁾. Das würde dem grundsätzlichen Verbot der Rückwirkung von Strafnormen widersprechen ⁴⁾. Doch würde dem Bewilligungsinhaber die ihm mit § 11 Abs. 1 Satz 1 WHG eingeräumte privatrechtliche Privilegierung ex tunc entzogen, so daß nunmehr die Betroffenen vorher ausgeschlossene Schadensersatzansprüche geltend machen könnten ⁵⁾.

Zweifel an der Zulässigkeit einer ex tunc Wirkung leiten sich jedoch schon aus der Verwendung des Ausdruckes "Rücknahme" für die unterschiedlichsten Tatbestände in § 12 WHG her. In § 12 Abs. 1 WHG geht es dem Gesetzgeber nur darum, die Fortsetzung einer schädlichen Benutzung zu verhindern ⁶⁾. Da

1) S. 299.

2) Bacheff, Zeitpunkt, S. 420.

3) §§ 38 Abs. 1 Nr. 1, 41 Abs. 1 Nr. 1 WHG.

4) Vgl. dazu Ipsen, S. 179 f.; Hangartner, S. 191 f.
Im Ergebnis auch Wolff, S. 310.

5) Vgl. Wolff, S. 310.

6) Vgl. auch BT-Drucks. 2072, S. 26.

dieser Zweck bereits durch eine Rücknahme der Bewilligung ex nunc erreicht werden kann, hat der Gesetzgeber mit der Wahl des Wortes "Zurücknahme" vermutlich nicht beabsichtigt, darüber hinaus auch eine ex tunc Wirkung zuzulassen.

Von einer Zurücknahme spricht der Gesetzgeber aber auch in § 12 Abs. 2 Nr. 1 WHG. Hier, wo die Bewilligung erschlichen worden ist, hätte aller Anlaß bestanden, eine Zurücknahme der Bewilligung mit ex tunc Wirkung zu ermöglichen; dennoch ist schlicht von einer Zurücknahme die Rede, einem Begriff, der von § 12 Abs. 1 WHG her gesehen eher auf eine ex nunc Wirkung beschränkt ist ¹⁾.

Ergeben sich also aus dem Zusammenhalt der Bestimmungen in § 12 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 WHG zumindest Zweifel über die Zulässigkeit einer ex tunc Wirkung, so kann schon allein dieser Zweifel wegen nur eine Rücknahme mit Wirkung ex nunc in Frage kommen. Denn grundsätzlich haben alle Ver-

- 1) Ist im Falle des § 12 Abs. 2 Nr. 1 WHG nur eine Rücknahme der Bewilligung mit ex nunc Wirkung zugelassen, so liegt auf den ersten Blick eine gewisse Unbilligkeit darin, daß die von der bewilligten Benutzung Betroffenen für die Vergangenheit keine Schadensersatzansprüche geltend machen können (vgl. § 11 WHG). Die Betroffenen können sich jedoch darauf berufen, daß ihnen durch Erschleichung der Bewilligung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt worden ist, den der Benutzer zu ersetzen hat (§ 826 BGB). Der Schaden beruht darauf, daß die Betroffenen durch die Erteilung der erschlichenen Bewilligung mit Schadensersatzansprüchen wegen nachteiliger Wirkungen der Benutzung ausgeschlossen worden sind (§ 11 WHG). Ihr Schaden besteht also praktisch in dem durch den Benutzer in sittenwidriger Weise herbeigeführten Ausschluß von Schadensersatzansprüchen gemäß § 11 WHG. Dazu, daß für § 826 BGB auch ein Eventualvorsatz ausreicht, und daß der Vorsatz sich nicht gegen bestimmte Personen zu richten braucht, vgl. weiter Palandt, § 826, Anm. 3 a.

waltungsakte, zu denen auch die Rücknahme als solche zählt, wie auch der Rechtssatz im Rechtssat keine Rückwirkung - sie lösen im allgemeinen keine Rechtswirkungen aus für Tatbestände, die in der Vergangenheit liegen ¹⁾. Der Gesetzgeber hätte also, wenn er von dieser Grundregel abweichen wollte, eine rückwirkende Kraft ausdrücklich vorsehen müssen, zumindest aber keinen Zweifel über eine zulässige Rückwirkung aufkommen lassen dürfen. So hat denn auch der Gesetzgeber eine Rückwirkung immer deutlich zum Ausdruck gebracht, wenn er dies zulassen wollte, so z.B. in § 96 Abs. 2 AO, wo gesagt ist, daß die Verfügung mit rückwirkender Kraft zurückgenommen werden kann, wenn sie durch unlautere Mittel veranlaßt worden ist.

Im Ergebnis bleibt also festzuhalten, daß in dem Begriff der Zurücknahme in § 12 WHG nicht die Möglichkeit enthalten ist, die Bewilligung auch mit Wirkung *ex tunc* zurückzunehmen ²⁾.

II. Zurücknahme gegen Entschädigung

Nach § 12 Abs. 1 WHG kann die Bewilligung gegen Entschädigung zurückgenommen werden, wenn von der Fortsetzung der Benutzung eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist ³⁾. Wie in § 8 Abs. 3 Satz 2 WHG handelt es sich auch hier um einen enteignungsmäßigen Eingriff ⁴⁾. Denn ein förmliches Wassernutzungs-

1) Giacometti, S. 393.

2) Im Ergebnis wie hier GW, § 12, Anm. 1; Wolff, S. 302.

3) Vgl. dazu oben, S. 119 ff.

4) Vgl. oben, S. 174.

recht wie die Bewilligung - einmal unter Arbeits- und Kapitaleinsatz ins Werk gesetzt - ist unter dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes ein Recht von genau derselben Art wie etwa das Grundeigentum ¹⁾. In Anlehnung an Enteignungsgrundsätze muß deshalb auch für die Zurücknahme der Bewilligung aus Gründen des Wohles der Allgemeinheit verlangt werden, daß ein konkreter, greifbarer Zweck den Eingriff fordert ²⁾, und der ins Auge gefaßte Zweck nicht auch auf andere zumutbare Weise erfüllt werden kann ³⁾. Unzulässig wäre also, weil nicht einer konkreten, sondern einer entfernten noch keineswegs vorliegenden Aufgabe dienend, die Rücknahme der Bewilligung zum Zwecke einer Wasservorratspolitik. Ebensovienig könnte die Bewilligung zurückgenommen werden zur Verfolgung allgemeiner Zwecke, wie etwa der volkswirtschaftlich besseren Wasserausnutzung. Zulässig wäre dagegen die Zurücknahme, wenn sich die Benutzungsausübung der ausreichenden Wasserversorgung eines bestimmten Gebietsteiles in bestimmter Weise als abträglich erweist, und das Wasserversorgungsunternehmen auch nicht auf ein anderes Wasserreservoir zurückgreifen kann.

Eine weitere Verschärfung enthält der Eingriffstatbestand darin, daß hier im Gegensatz zu § 6 WHG eine "erhebliche" ⁴⁾ Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit gefordert wird. Damit ist auch ein rein gradueller Unterschied gegenüber § 6 WHG zum Ausdruck gebracht. Dem konkreten Zweck, zu

1) Vgl. Dürig, Staat, S. 43 ff.

2) Vgl. auch Külz, S. 221 f.

3) Vgl. Schack, Enteignung, S. 77.

4) Unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum, vgl. dazu oben, S. 119 f.

dessen Gunsten die Bewilligung zurückgenommen werden soll, muß ein erhebliches Gewicht zukommen.

Ist eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit von der Fortsetzung der Benutzung zu erwarten, so ist damit der gesetzliche Tatbestand des § 12 Abs. 1 WHG erfüllt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes steht es nunmehr im Ermessen der Behörde, ob und wie sie die Bewilligung zurücknimmt. Ist jedoch die Behörde im Wege der Rechtsanwendung zu dem Ergebnis gelangt, daß eine erhebliche Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit vorliegt, so sind anderweitig kaum Gründe denkbar, welche die Behörde im Rahmen ihrer Ermessensausübung für die volle Beibehaltung der Bewilligung ins Feld führen könnte. Die Behörde wird deshalb in aller Regel zum Eingriff in das Benutzungsrecht verpflichtet sein.

Der somit verengte Ermessensrahmen erweitert sich jedoch wieder bei der Auswahl des Mittels, bei der Frage: Zurücknahme oder bloße Beschränkung. Insoweit genießt die Behörde noch eine echte Wahlfreiheit - allerdings wiederum begrenzt durch das Übermaßverbot ¹⁾. Unter diesem Aspekt kann sich gegebenenfalls der Ermessensrahmen dahingehend verdichten, daß die Behörde nur noch eine Beschränkung aussprechen kann und eine Zurücknahme schon rechtswidrig ist.

1) Vgl. dazu oben, S. 124.

III. Zurücknahme ohne Entschädigung

1. Gesetzliche Tatbestände

a. Erschleichung der Bewilligung

Die Bewilligung kann ohne Entschädigung nur aus den in § 12 Abs. 2 WHG aufgeführten Gründen zurückgenommen werden. Als Grund ist in § 12 Abs. 1 Nr. 1 WHG genannt, daß der Antragsteller die Bewilligung auf Grund von Nachweisen, die in wesentlichen Punkten unrichtig oder unvollständig waren, erhalten hat, und ihm die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit bekannt war.

Als "Nachweise" kommt alles Material in Betracht, das der Behörde zur Erläuterung oder Begründung des Bewilligungsantrages vorliegt, beispielsweise Dokumente, Gutachten, Zeichnungen, Pläne oder auch mündliche Erklärungen ¹⁾. Aber nur Tatsachen können nachgewiesen werden. Sind deshalb Werturteile in Zeugnissen oder Gutachten unrichtig oder unvollständig abgegeben, so handelt es sich nicht um unrichtige oder unvollständige Nachweise i.S.d. § 12 Abs. 2 Nr. 1 WHG ²⁾.

Das Gesetz sagt nicht, von wem die Nachweise herführen müssen. Der Ausdruck "Nachweis" als solcher zwingt noch nicht zu der Annahme, daß die Unterlagen allein vom Unternehmer herkommen müßten ³⁾. Unter die in § 12 Abs. 2 Nr. 1 WHG ge-

1) Vgl. GW, § 12, Anm. 5; Rehder, NWG, § 15, Anm. 4.

2) Vgl. hierzu auch Landmann-Romer, § 53, Rn. 28.

3) Burghartz, § 12, Anm. 4; Krüger, Grundfragen, S. 89, Anm. 152.

nannten Nachweise fallen deshalb auch solche Unterlagen, die von dritter Seite vorgelegt oder von der Behörde beschafft wurden. Das dolose Verhalten des Unternehmers liegt in diesem Falle darin, daß er schweigt, obwohl ihm bekannt ist, daß die von dritter Seite beschafften Nachweise unrichtig oder unvollständig sind. Es besteht auch kein innerer Grund dafür, dieses gleichermaßen dolose Verhalten aus dem Tatbestand des § 12 Abs. 2 Nr. 1 WHG auszuklammern.

Die Nachweise müssen in wesentlichen Punkten unrichtig oder unvollständig gewesen sein. Gemeint ist damit, daß die Tatsachen, auf die sich die Nachweise beziehen, oder die in den Nachweisen ausgelassen sind, wesentlich gewesen sein müssen. Wesentlich sind diejenigen Angaben, von denen es abhing, ob, in welchem Umfange und unter welchen Bedingungen und Auflagen die Bewilligung erteilt wurde.

Neben den bisher behandelten objektiven Merkmalen verlangt das Gesetz weiter, daß dem Unternehmer die Unrichtigkeit und Unvollständigkeit bekannt war. Zu ergänzen ist sinngemäß, daß dem Unternehmer auch die Wesentlichkeit der unrichtigen oder unvollständigen Angaben bewußt gewesen sein muß. Für die Beurteilung der Wesentlichkeit durch den Unternehmer muß entsprechend der Strafrechtslehre die sog. Parallelwertung in der Laiensphäre genügen. Er muß also zwar nicht juristisch oder fachmännisch, wohl aber laienmäßig die Wesentlichkeit der unrichtigen und unvollständigen Tatsachen erkannt haben. War der Unternehmer von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben zwar nicht überzeugt, rechnete er jedoch mit ihr oder nahm er

sie in Kauf, so muß auch dies entsprechend der Strafredtslehre vom Eventualvorsatz für die Anwendung des § 12 Abs. 2 Nr. 1 WHG schon ausreichen.

Hat sich der Unternehmer vertreten lassen, so muß er in Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens die Kenntnis seines Vertreters gegen sich gelten lassen. Wird eine Bewilligung von einer AG oder GmbH beantragt, dann kommt es, wie schon unter der Herrschaft des PrWG, auf die Kenntnis des verfassungsmäßig berufenen Vertreters an. Bei mehreren Vertretern genügt die Kenntnis eines Mitgliedes des vertretungsberechtigten Organs ¹⁾.

b. Nichtausübung der Benutzung

Nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 WHG kann die Bewilligung zurückgenommen werden, wenn die Benutzung nicht innerhalb einer angemessenen Frist und einer eventuellen Verlängerung ²⁾ begonnen oder wenn die Benutzung drei Jahre ununterbrochen nicht ausgeübt worden ist. Von einem Beginn oder einer Ausübung der Benutzung kann nur die Rede sein, wenn sich weitere Benutzungsmaßnahmen von gewisser Dauer anschließen. Eine Aufnahme der Benutzung, nur um den Fristablauf zu unterbrechen, oder nur zum Schein genügt nicht. Entscheidend ist für die Anwendung des § 12 Abs. 2 Nr. 2, ob der Unternehmer zeigt, daß er die Bewilligung wirtschaftlich vorläufig oder überhaupt nicht mehr benötigt.

1) Vgl. zum Vorstehenden HKS, § 85, Anm. 6; Lenhard-Reichau, S. 243.

2) Vgl. oben, S. 184.

Gibt der Unternehmer gegenüber der Wasserbehörde kund, daß er die einmal begonnene Wasserbenutzung in Zukunft nicht mehr fortführen will, sei es durch ausdrückliche Erklärung oder sei es durch konkludente Handlung, so könnte darin ein Verzicht auf die Bewilligung gesehen werden, der das Benutzungsrecht ohne weiteres erlöschen läßt.

Einer Rücknahme durch die Wasserbehörde würde es dann nicht mehr bedürfen. Ob auf eine einmal entstandene Berechtigung ohne gesetzliche Zulassung verzichtet werden kann, ist bestritten ¹⁾. Vielfach wird ein solcher Verzicht für zulässig erklärt mit der Begründung, daß niemand genötigt werden könne, im Genuß von Rechten zu bleiben, die er nicht mehr haben wolle ²⁾. Dem steht jedoch entgegen, daß man nur auf das verzichten kann, was sich innerhalb der eigenen Verfügungsmacht befindet. Die Bewilligung ist hoheitlicher Natur und nicht aus der Verfügungsmacht des Berechtigten hervorgegangen. Der Berechtigte kann deshalb auch nicht über den Bestand des einseitigen Verwaltungsaktes der Behörde befinden. Die Bewilligung kann also auch nicht durch einen Verzicht erlöschen ³⁾.

Der Benutzer kann danach nur auf die Ausübung der Benutzungsberechtigung verzichten. Dann aber erlischt die Bewilligung erst, wenn die Behörde die Berechtigung daraufhin zurücknimmt. Allerdings

-
- 1) Ein Verzicht auf Wasserbenutzungsberechtigungen ist gesetzlich zugelassen nur in § 21 BWG und § 23 HWG.
 - 2) Vgl. dazu Landmann-Pöhlmer, § 49, Anm. 8 a; Eymann-Schubert, Art. 61, Anm. 34.
 - 3) Vgl. dazu Wolff, S. 313; Forsthoff, S. 262; Fleiner, S. 178 f.

wird man in diesem Falle nicht verlangen müssen, daß die Behörde drei Jahre zuwartet (vgl. dazu § 12 Abs. 2 Nr. 2 WHG). Hat der Benutzer deutlich kundgetan gegenüber der Wasserbehörde, daß er die Wasserbenutzung in Zukunft nicht mehr aufnehmen werde, so wäre es ein übertriebener Formalismus, wenn man die Behörde daran hindern wollte, schon jetzt, gestützt auf § 12 Abs. 2 Nr. 2, die Bewilligung zurückzunehmen.

Nach Krüger ¹⁾ soll über den Gesetzeswortlaut hinaus auch ein Verschulden des Unternehmers zur Tatbestandserfüllung erforderlich sein. Wenn man schon im Rahmen des § 12 Abs. 2 WHG eine Gemeinwohlschädlichkeit nicht vorausgesetzt habe, so müsse wenigstens ein solches subjektives Merkmal verlangt werden.

Eine solche Forderung steht jedoch nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes entgegen, sie ist auch mit der ratio legis nicht zu vereinbaren. Die Bestimmung des § 12 Abs. 2 Nr. 2 WHG soll verhindern, daß eine zweckmäßige Ausnutzung des Wasserschatzes durch nicht ausgeübte Benutzungsrechte blockiert wird. Eine entschädigungslose Zurücknahme ist vorgesehen, da wirtschaftliche Werte praktisch nicht geschaffen worden sind oder nicht mehr ausgenutzt werden (dreijähriger Stillstand). Beides sind Aspekte, für die ein eventuelles Verschulden des Unternehmers irrelevant ist. Aber auch aus allgemeinen Erwägungen kann ein Verschulden nicht noch zusätzlich verlangt werden. Das Verwaltungsrecht ist grundsätzlich nicht schuldbezogen wie das Strafrecht ²⁾. Wollte deshalb der Gesetzgeber

1) Grundfragen, S. 83.

2) Vgl. Mayer, Opportunitätsprinzip, S. 24;
Forsthoff, S. 222.

von diesem Grundsatz abweichen, so hätte er, wenn er schon ein bestimmtes Thema speziell regelt, auch eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Richtung aufnehmen müssen.

c. Änderung des Benutzungszweckes

§ 12 Abs. 2 Nr. 3 WHG verlangt, daß sich der Zweck der Benutzung so geändert hat, daß er mit dem Plan nicht mehr übereinstimmt. Dem Wortlaut nach reicht also nicht jede Zweckänderung aus, sondern nur eine solche, die sich von dem technischen Plan abhebt.

Wie schon oben gezeigt ¹⁾, stehen Plan und Zweck in Wechselwirkung: nur soweit der Zweck der Benutzung bei Erteilung der Bewilligung von Bedeutung ist, muß auch der Plan festgelegt sein (vgl. hierzu § 8 Abs. 2 Nr. 2 WHG). Wegen des Zusammenhangs mit der Bestimmung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 WHG, die in § 12 Abs. 2 Nr. 3 WHG ausdrücklich zitiert ist, kann dementsprechend auch für die Auslösung der Rücknahmebefugnis nur der Teil des Planes maßgebend sein, auf den es bei Erteilung der Bewilligung ankam. Ist beispielsweise ein Stau zum Zwecke des Antriebs einer Turbine bewilligt worden, waren also die weiteren Zwecke des Benutzungsvorhabens bei Erteilung der Bewilligung nicht von Belang, und brauchte dementsprechend der Plan nur hinsichtlich des Turbinenantriebs festgelegt zu sein, so hat auch bei der Anwendung des § 12 Abs. 2

1) Vgl. S. 157 f.

Nr. 3 WHG der Plan nur insoweit rechtliche Relevanz. Demzufolge ist danach zu fragen, ob die Zweckänderung noch mit dem rechtlich relevanten Teil des Planes übereinstimmt. Wird somit die Turbine nicht mehr für den Antrieb einer Mühle, sondern zur Gewinnung elektrischer Energie benutzt, so liegt darin zwar eine Zweckänderung; diese Änderung weicht aber von dem zugrunde liegenden Plan nur in einem Bereich ab, der im Rahmen des § 12 Abs. 2 Nr. 3 WHG ohne Bedeutung ist, so daß eine Rücknahmebefugnis der Behörde nicht ausgelöst wird. Statt den Plan in § 12 Abs. 2 Nr. 3 für maßgeblich zu erklären, hätte man also auch die Rücknahmebefugnis für den Fall vorsehen können, daß der Zweck der Benutzung, soweit er bei Erteilung der Bewilligung von Bedeutung war, geändert wird.

d. Sonstige Verstöße gegen die Bewilligung

Gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 4 WHG kann die Bewilligung ohne Entschädigung zurückgenommen werden, wenn der Unternehmer trotz einer mit der Androhung der Rücknahme verbundenen Warnung wiederholt die Benutzung über den Rahmen der Bewilligung hinaus erheblich ausgedehnt oder Benutzungsbedingungen und Auflagen nicht erfüllt hat. Nach dem Wortlaut braucht nur der Verstoß gegen die Bewilligung selbst erheblich zu sein, nicht dagegen auch die Nichterfüllung von Benutzungsbedingungen und Auflagen. Wenn jedoch nicht einmal bei Überschreitung der eigentlichen Benutzungshandlung die Zurücknahme ohne erschwerende Voraussetzung zulässig ist, dann kann eine Rücknahme ohne diese Voraussetzung erst recht nicht bei der Nichterfüllung von Nebenbestimmungen in Betracht kommen, die doch an Bedeutung hinter dem Hauptinhalt der Bewilligung zurücktreten 1).

1) Burghartz, § 12, Anm. 7.

Die Fassung des Tatbestandes ("Androhung", "Warnung", "wiederholt") läßt erkennen, daß der Gesetzgeber hier an eine Sanktion für den Ungehorsam gedacht hat. Die Bekämpfung des Ungehorsams hat aber nur dann einen Sinn, wenn er dem Unternehmer als Verschulden zugerechnet werden kann. Deshalb ist hier zu verlangen, daß der Verstoß auf einem Verschulden des Unternehmers beruht ¹⁾.

2. Ermessen der Behörde

Ist einer der in § 12 Abs. 2 WHG alternativ aufgeführten Tatbestände erfüllt, so steht nunmehr die Entscheidung darüber, ob die Bewilligung zurückgenommen wird, im Ermessen der Behörde ("kann"). Im Rahmen der Ermessensausübung muß die Behörde den Gegensatz zwischen divergierenden Interessen lösen. Gegen eine Zurücknahme sprechen vor allem die Rechtssicherheit und das öffentliche Interesse an der Erhaltung ins Werk gesetzter Kapitalwerte. Für eine Rücknahme lassen sich das öffentliche Interesse an der Korrektur des Fehlers (vgl. dazu Abs. 2 Nr. 1), ein eventuelles Verschulden (vgl. dazu Nr. 2) oder auch das öffentliche Interesse an der Ausschaltung unzuverlässiger Wasserbenutzer (vgl. dazu Nr. 3 und Nr. 4) ins Feld führen.

Das Gesetz hat die Entscheidung über die Zurücknahme an keine Frist gebunden. Im Hinblick auf den auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben ist die Rücknahmebefugnis jedoch dann als verwirkt anzusehen, wenn

1) Vgl. Krüger, Grundfragen, S. 83; a.A.: Burgartz, § 12, Anm. 7, aber ohne Begründung.

die Behörde ungebührlich lange zögert, nachdem sie von dem Rücknahmegrund Kenntnis erlangt hat. In Anlehnung an § 13 Abs. 2 Bundesbeamten-gesetz wird man verlangen müssen, daß die Behörde den Zeitraum von 6 Monaten nicht nennenswert überschreitet.

B. Widerruf der Erlaubnis

Die Erlaubnis steht unter dem gesetzlichen Vorbehalt des Widerrufs (§ 7 WHG). In dem Erlaubnisbescheid selbst bedarf es deshalb keiner ausdrücklichen Wiederholung des gesetzlichen Widerrufsvorbehaltes ¹⁾.

Die herrschende Meinung ²⁾ steht heute auf dem Standpunkt, daß der Vorbehalt eines Widerrufs, sei es kraft Gesetzes oder kraft behördlichen Ausspruches, nicht schon um seiner bloßen Existenz willen zu einem Widerruf nach freiem Ermessen berechtigt. Aus rechtsstaatlichen Gründen wird vielmehr verlangt, daß auch die Ausübung des Widerrufsvorbehaltes an vom Willen der Behörde unabhängige Voraussetzungen gebunden ist.

Die allgemein zum Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsaktes von Rechtsprechung und Rechtslehre entwickelten Grundsätze ³⁾ gelten im Prinzip auch für den vorbehaltenen Widerruf ⁴⁾. Dennoch erschien es dem Landesgesetzgeber aus rechtsstaatlichen Gründen notwendig, den Widerruf der Erlaubnis an tatbestandsmäßig klare Voraussetzungen zu

1) Vgl. Kormann, S. 33.

2) Vgl. Ipsen, S. 155 f.; Jung, S. 709 f.; Forst-hoff, S. 243; Hangartner, S. 162 f.; v.Münch, S. 122 f.

3) Vgl. dazu etwa Wolff, S. 304 f.

4) v.Münch, S. 123.

knüpfen ¹⁾. Diese Voraussetzungen werden in § 15 Abs. 2 LWG näher konkretisiert. Die Regelung in § 15 Abs. 2 LWG spricht die hauptsächlichen Widerrufsgründe auch des allgemeinen Verwaltungsrechts an, ist jedoch nicht abschließend gemeint, wie das in § 15 Abs. 2 eingefügte Wort "insbesondere" zeigt. Mit der gesetzmäßigen tatbestandlichen Fassung der wesentlichen Widerrufsgründe soll dem Wasserbenutzer ein klares Bild über die Widerrufsmöglichkeiten verschafft und für die Behörde der Vollzug des Gesetzes erleichtert werden ²⁾.

In § 15 Abs. 2 LWG ist lediglich der Widerruf der Erlaubnis mit ex nunc Wirkung geregelt ³⁾. Darüber hinausgehend kann die Erlaubnis nicht etwa auch mit Wirkung ex tunc nach allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen widerrufen werden. Grundsätzlich lösen Verwaltungsakte, zu denen auch der Widerrufsakt zählt, keine Rückwirkungen aus ⁴⁾. Weist deshalb der Gesetzgeber wie in § 7 WHG ohne irgendeinen Zusatz ganz allgemein auf die Widerrufsmöglichkeit der Erlaubnis hin, so ist auch dieser Hinweis entsprechend der Grundregel nur auf die Widerrufsmöglichkeiten mit ex nunc Wirkung zu beziehen ⁵⁾. Ist aber der gesetzliche Widerrufsvorbehalt nur als eine Bezugnahme auf

- 1) Vgl. zu der Regelung des Widerrufs in den einzelnen Landeswassergesetzen GW, § 7, Anm. 8.
- 2) Vgl. dazu LT-Drucks. 49, S. 244.
- 3) Die Ausführungen zum gleichen Thema bei der Bewilligung gelten hier entsprechend, vgl. oben, S. 220 ff.
- 4) Vgl. auch oben, S. 222.
- 5) Vgl. hierzu auch Wolff, S. 309.

die Widerrufsmöglichkeit mit ex nunc Wirkung zu verstehen, so kann nicht dessen ungeachtet eine Zurücknahme ex tunc dennoch nach allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen zulässig sein. Da zwischen dem Widerruf ex tunc und ex nunc nur ein gradueller Unterschied besteht, würde der gesetzliche Widerrufsvorbehalt nur auf einen Teilumfang der Aufhebungsbefugnis hindeuten, wozu jedoch kein Anlaß denkbar ist. Die Bestimmung der Widerruflichkeit in § 7 WHG hat dementsprechend nur dann einen Sinn, wenn die Geltungsbeendigung der Erlaubnis nur soweit gestattet sein soll, als der Widerrufsvorbehalt reicht - im Übrigen die Erlaubnis also als unantastbar gedacht ist.

Gemäß § 15 Abs. 2 Nr. 1 LWG kann die Erlaubnis widerrufen werden, wenn von der weiteren Benutzung eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist ¹⁾. Im Unterschied zur Rücknahme der Bewilligung bedeutet der Widerruf der Erlaubnis keinen enteignungsmäßigen Eingriff ²⁾, da die Widerruflichkeit zum Wesen der Erlaubnis gehört. Dementsprechend ist auch der Begriff des Wohles der Allgemeinheit hier leichter zu bemessen als bei dem ähnlich lautenden Rücknahmetatbestand zur Bewilligung in § 12 Abs. 1 WHG. Es ist also nicht erforderlich, daß ein konkreter, zeitlich und örtlich genau bestimmbarer Zweck von öffentlichem Interesse den Eingriff fordert. Vielmehr reicht es schon aus, wenn der Benutzung allgemeine Zwecke

1) Vgl. dazu oben, S. 119 ff.

2) Vgl. oben, S. 223.

entgegenstehen, wie etwa die Verschönerung eines Landschaftsbildes oder eines Erholungsgebietes oder auch allgemein volkswirtschaftliche Interessen, z.B. das Interesse an einer volkswirtschaftlich besseren Ausnutzung der Wasserschätze.

Auch eine erhebliche Beeinträchtigung wird im Unterschied zu § 12 Abs. 1 WHG nicht verlangt. Hier genügt deshalb schon eine schlichte Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit.

In § 15 Abs. 2 Nr. 2 LWG ist der Tatbestand des § 12 Abs. 2 WHG für entsprechend anwendbar erklärt ¹⁾. Hat § 12 Abs. 2 für die Bewilligung vor allem die Funktion, daß er die Fälle bestimmt, in denen das Benutzungsrecht entschädigungslos zurückgenommen werden kann, so hat die Heranziehung des gleichen Tatbestandes hier die Bedeutung, daß bestimmte Themen (Erschleichung, Überschreiten der Benutzungsberechtigung etc.) tatbestandlich fixiert werden mit der Folge, daß diese Komplexe nur noch nach den konkreten Anordnungen des Gesetzgebers angegangen werden können, ein Rückgriff auf allgemeine Grundsätze der Widerruflehre also ausgeschlossen ist. Andernfalls wäre nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber die Regelung überhaupt in das Gesetz aufgenommen hat, warum er für diesen Sachverhalt eine Spezialnorm geschaffen hat. Steht deshalb der Widerruf der Erlaubnis wegen unrichtiger Nachweise (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 WHG) zur Diskussion, so kann die Behörde nur eingreifen, wenn dem Erlaubnisinhaber die Unrichtigkeit bekannt war, wie es der Tatbestand in § 12

1) Vgl. dazu oben, S. 225 ff

Abs. 2 Nr. 1 sagt, und nicht schon dann, wenn dem Benutzer nur Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann.

Ist der Tatbestand des § 15 Abs. 2 LWG erfüllt, so steht es nach dem Wortlaut des Gesetzes ("kann") im Ermessen der Behörde, ob und wie sie von dem Vorbehalt Gebrauch macht. Für die Beibehaltung der Benutzungsberechtigung trotz einer von der Benutzung ausgehenden Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit ließe sich anführen: die Erhaltung bereits ins Werk gesetzter Kapitalwerte, die Vermeidung sonstiger wirtschaftlicher Verluste für den Benutzer, der Zeitraum, innerhalb dessen sich der Benutzer auf die Benutzungsausübung einrichten konnte, die mit einem förmlichen Erlaubnisverfahren verbundene höhere Sicherheit für die Beständigkeit des Verwaltungsaktes und die Möglichkeit zur Verhütung einer Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit auf anderem Wege als durch Widerruf der Erlaubnis ¹⁾.

C. Beschränkung der Bewilligung und Erlaubnis

I. Beschränkung nach den Regeln der Aufhebung

Denselben Regeln wie die Aufhebung der Bewilligung oder Erlaubnis unterliegt auch deren Beschränkung (§ 12 WHG, § 15 Abs. 2 LWG). Die Be-

1) Vgl. zum Vorstehenden auch Wolff, S. 304 f.; BVerwG in DVBl 1962, 563, DVBl 1964, 324, MDR 1961, 1040; NJW 1964, 563. Für die Ermessensentscheidung der Behörde über die Aufhebung der Erlaubnis auf Grund des § 15 Abs. 2 Nr. 2 LWG i.V.m. § 12 Abs. 2 WHG kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Bewilligung verwiesen werden, vgl. oben, S. 232

schränkung kann einmal in der Weise vorgenommen werden, daß die eigentliche Benutzungshandlung ihrer Ausdehnung nach eingeschränkt wird, z.B. Beschränkung der Wasserentnahme oder -einleitung nach Menge oder Zeitdauer¹⁾ Die Beschränkung kann aber auch in der Art geschehen, daß die eigentliche Benutzungshandlung in ihrem bisherigen Umfange zwar aufrechterhalten bleibt, jedoch künftig die Benutzung nur noch unter zusätzlichen Auflagen oder Benutzungsbedingungen ausgeübt werden darf²⁾.

II. Beschränkungen auf Grund gesetzlichen Vorbehalts

1. Voraussetzungen und Grenzen des Vorbehaltsgebrauches

Eine Beschränkung der Bewilligung oder Erlaubnis kann auch auf Grund des gesetzlichen Vorbehaltes in § 5 WHG ausgesprochen werden. Besondere Voraussetzungen für den Gebrauch des Vorbehaltes werden vom Gesetz nicht genannt. Der gesetzliche Vorbehalt in § 5 WHG stellt sich jedoch als Vorbehalt eines teilweisen, auf bestimmte Maßnahmen begrenzten Widerrufs dar. Aus rechtsstaatlichen Gründen ist wie der totale so auch der teilweise Widerruf an besondere Voraussetzungen gebunden³⁾. Bestimmungen über die Ausübung des vorbehaltenen Widerrufs hat der Gesetzgeber in § 15 Abs. 2 LWG getroffen. Diese Vorschriften gelten hier entsprechend. Nachträgliche Auflagen und Anordnungen i.S.d. § 5 WHG kommen danach hauptsächlich

1) Vgl. oben, S. 51.

2) Vgl. auch HKS, § 84, Anm. 8.

3) Vgl. auch oben, S. 233.

dann in Betracht, wenn bei unbeschränkter Fortsetzung der Benutzung eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist (§ 15 Abs. 2 Nr. 1 LWG). Praktische Bedeutung hat § 5 WHG somit nur für die Bewilligung ¹⁾, während bei der Erlaubnis die in § 5 WHG vorgesehenen Maßnahmen ohnehin auf Grund ihrer in § 15 Abs. 2 LWG näher geregelten Widerruflichkeit angeordnet werden können.

Die nach § 5 Nr. 2 und Nr. 3 WHG zulässigen Maßnahmen müssen wirtschaftlich gerechtfertigt und mit der Benutzung vereinbar sein, wenn sie zu Lasten einer bewilligten Benutzung gehen sollen (§ 5 Satz 2 WHG). Der Gesetzgeber gibt damit zu erkennen, daß eine Bewilligung durch zusätzliche Anforderungen nach § 5 Nr. 2 und Nr. 3 WHG nicht in ihrem wesentlichen Gehalt beschränkt werden darf. Soll das Benutzungsrecht darüber hinaus belastet werden, so wird die Grenze der Sozialpflichtigkeit überschritten und es greift die Vorschrift des § 12 Abs. 1 WHG über eine entschädigungspflichtige Beschränkung ein ²⁾.

Für Maßnahmen, die nach § 5 Satz 1 Nr. 1 WHG angeordnet werden können, gilt die in § 5 Satz 2 WHG enthaltene Einschränkung nicht. Diese Anordnungen sind danach auch dann zulässig, wenn dadurch der wesentliche Gehalt des bewilligten Rechts angetastet wird. Dem kann auch nicht mit dem Hinweis darauf begegnet werden, daß in diesem Falle eine enteignungsmäßige Maßnahme vorliege und daher nur eine entschädigungspflichtige Beschrän-

1) Vgl. dazu § 12 Abs. 1 WHG, wonach eine Beschränkung der Bewilligung nur bei erheblicher Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit und gegen Entschädigung zulässig ist.

2) Vgl. Krüger, Grundfragen, S. 118; vgl. auch BT-Drucks. 2072, S. 23.

kung nach § 12 Abs. 1 WHG in Betracht komme. Denn der Vorbehalt nach § 5 WHG gehört kraft Gesetzes zum Inhalt jeder Bewilligung; und in diesem Sinne hat denn auch § 12 WHG dem Vorbehalt nach § 5 WHG ausdrücklich den Vorrang eingeräumt¹⁾. Die Maßnahmen nach § 5 Nr. 1 WHG können allerdings nicht so weit gehen, daß hierdurch die Benutzung ganz unmöglich gemacht oder so stark eingeschränkt wird, daß der im Bewilligungsbescheid genannte Benutzungszweck überhaupt nicht mehr erfüllt werden kann. Solch weitgehende Anordnungen verbieten sich schon deshalb, weil es sich immer noch um "zusätzliche Anforderungen" handeln muß.

2. Anwendung des Vorbehaltes

In Anwendung des gesetzlichen Vorbehaltes können Einschränkungmaßnahmen (§ 5 Nr. 1 und Nr. 3 WHG) sowie Beobachtungsmaßnahmen (§ 5 Nr. 2 WHG) angeordnet werden. Gestützt auf § 5 Nr. 1 WHG kann die Behörde insbesondere die jeweiligen Fortschritte der Technik auf dem Gebiet der Abwasserklärung auch gegenüber verliehenen Benutzungsberechtigungen zugunsten der Wasserreinhaltung nutzbar machen. Die Bestimmung spricht von Anforderungen an die "Beschaffenheit" einzuleitender Stoffe ganz allgemein. Es spielt daher keine Rolle, ob zusätzliche Anforderungen an die physikalische, chemische oder auch biologische Beschaffenheit der einzuleitenden Stoffe gestellt werden²⁾.

1) Vgl. § 12 Abs. 1 WHG: "... soweit dies nicht schon nach § 5 zulässig ist"

2) Vgl. hierzu § 22 Abs. 1 Satz 1 WHG, wo die Beschaffenheit in diesem Sinne näher umschrieben wird.

Der Vorbehalt nach § 5 Nr. 3 soll vor allem bei örtlich und zeitweilig auftretendem Wassermangel die Behörde in die Lage versetzen, auf eine sparsame Verwendung des Wassers hinzuwirken ¹⁾.

So kann die Behörde mit Hilfe des § 5 Nr. 3 eine vorübergehende Drosselung der Wasserentnahme oder auch die Wiederverwendung von gebrauchtem Wasser anordnen.

Unter die Maßnahmen, die nach Nr. 2 zur Beobachtung der Wasserbenutzung auferlegt werden können, fällt vor allem auch die Bestellung eines Betriebsbeauftragten, die ja als Instrument der Benützungsuperwachung gedacht ist ²⁾. Köhler ³⁾ hält dem zwar entgegen, daß in § 4 Abs. 2 WHG die Bestellung eines verantwortlichen Betriebsbeauftragten (§ 4 Abs. 2 Nr. 2) von den Beobachtungsmaßnahmen in § 4 Abs. 2 Nr. 1 unterschieden sei, und deshalb auch in § 5 Nr. 2, wo allein von Beobachtungsmaßnahmen die Rede sei, auch nur die Maßnahmen i.S.d. § 4 Abs. 2 Nr. 1 WHG gemeint seien. Aus der Konstellation des § 4 Abs. 2 können jedoch insoweit keine sachlichen Schlüsse gezogen werden, da, wie oben dargelegt, hierfür nur formale Gründe maßgebend waren.

Wird die schädliche Verunreinigung eines Gewässers durch Ober- und Unterlieger gemeinsam herbeigeführt, oder verbrauchen Ober- und Unterlieger insgesamt zuviel Wasser, so können grundsätzlich beide Benutzergruppen gleichermaßen mit einschränkenden Maßnahmen nach § 5 WHG beschwert werden. Das sog.

1) Vgl. BT-Drucks. 2072, S. 22 f.

2) Vgl. oben, S. 204.

3) Betriebsbeauftragte, S. 26 f.

bessere Recht des Oberlieggers in dem Sinne, daß die Benutzung des Unterlieggers, um eine Beeinträchtigung anderer Interessen zu vermeiden, immer nach dem Zustand einzurichten ist, in dem sich der Wasserlauf nach Benutzung durch den Oberlieger befindet ¹⁾, ist im WHG an keiner Stelle bestätigt worden ²⁾. Der Oberlieger genießt eine bevorzugte Stellung gegenüber dem Unterlieger nur insofern, als der Unterlieger das Wasser in dem Zustand und in der Menge für seine Zwecke annehmen muß, wie es ihm nach vorausgegangener Benutzung durch den Oberlieger von dorthier zufließt (§ 2 Abs. 2 Satz 1 WHG).

Kommen also Ober- und Unterlieger gleichermaßen in Betracht, so sieht sich die Behörde bei der Verteilung der Auflagen vor eine Interessenabwägung gestellt. Handelt es sich z.B. um mehrere verunreinigende Stoffeinleiter, hinter denen öffentliche Interessen von unterschiedlichem Grade stehen ³⁾, so kann es im Interesse der Allgemeinheit liegen, den einen Benutzer mehr als den anderen, oder gar nur einen der Einleiter zu beschränken, je nachdem, wie sich die öffentlichen Interessen in ihren Werten zueinander verhalten. Neben den bereits oben ⁴⁾ angeführten Bewertungsfaktoren sind hier insbesondere als Vorzugstendenzen noch die geringere oder größere Zurechenbarkeit der Gefährdung

1) Vgl. dazu HKS, § 41, Vorbem. C.

2) Fischerhof, Entschädigung, S. 173; GW, § 22, Anm. 8; vgl. hierzu auch § 22 Abs. 1 Satz 2: "Haben mehrere (etwa Ober- und Unterlieger) die Einwirkung (auf das Wasser) vorgenommen, so haften sie als Gesamtschuldner."

3) Vgl. dazu oben, S. 145 f.

4) S. 147 ff.

und das Prinzip des schonendsten Mittels - auf welcher Seite liegt z.B. die technisch einfachste Lösung - in Rechnung zu stellen.

III. Beschränkung im Wege des Ausgleiches

1. Inhalt des Ausgleiches

Nach § 18 WHG (vgl. auch § 19 LWG) können Art, Maß und Zeiten der Ausübung einer Bewilligung oder Erlaubnis in einem Ausgleichsverfahren ¹⁾ nachträglich geregelt oder beschränkt werden, wenn das Wasser nach Menge und Beschaffenheit nicht mehr für alle Benutzungen ausreicht oder sich diese beeinträchtigen und wenn es das Wohl der Allgemeinheit erfordert. Der Ausgleichung unterliegen außer Bewilligungen und Erlaubnisse auch alte Rechte und alte Befugnisse (vgl. § 18 Satz 1 WHG). Ein Ausgleichsverfahren hat den Vorteil, daß über die bei mehreren Wassernutzungsberechtigungen erforderlichen Regelungen und Beschränkungen in einem Verfahren entschieden werden kann.

Mit dem Begriff "Art" ist in § 18 Satz 1 nicht die Benutzungsart i.S.d. § 3 WHG gemeint. Die Benutzungsart i.S.d. § 3 könnte als solche gar nicht geregelt werden. Gedacht ist vielmehr an die Art, wie die Benutzung ausgeübt wird, z.B. die Art der Abwasserklärung.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes können Art, Maß und Zeiten der "Ausübung" von Bewilligungen und Erlaubnissen geregelt oder beschränkt werden.

1) Vgl. § 109 Nr. 5 und § 122 Abs. 1 LWG.

Wenn die §§ 12 Abs. 1 und 15 Abs. 4 WHG, 15 Abs. 2 LWG demgegenüber von einer Beschränkung "der Bewilligung", "der Erlaubnis" und "der alten Rechte und Befugnisse" sprechen, so kann daraus nicht der Schluß abgeleitet werden, daß § 18 Satz 1 WHG nur geringfügige Eingriffe gestatte, solche, die das Recht an sich nicht antasten, sondern nur die Art und Weise der Ausübung der Benutzungsberechtigung betreffen, wie etwa die Verteilung der Benutzung auf verschiedene Zeiten ¹⁾. Wollte der Gesetzgeber nur Variationen der Benutzungsausübung zulassen, so hätte es nahegelegen, auch nur von einer "Regelung" der Benutzungsausübung zu sprechen und nicht zusätzlich noch die "Beschränkung" der Bewilligungs- und Erlaubnisausübung zu erwähnen - ein ungleich härterer Ausdruck, der darauf schließen läßt, daß auch solch weitgehende Ausübungseinschränkungen zulässig sind, die zugleich einen Eingriff in die Benutzungsberechtigung selbst bedeuten. Hinzu kommt, daß in § 18 WHG offenbar in Anlehnung an Art. 14 GG auch der Allgemeinwohlbegriff als Voraussetzung für eine Einschränkung im Wege des Ausgleichs hereingenommen ist. Wenn der Bundesgesetzgeber diese Schranke gesetzt hat, so hat er wohl damit gerechnet, daß Maßnahmen im Wege des Ausgleichs ein Benutzungsrecht seinem Inhalt nach einengen und damit auch Enteignungscharakter haben können ²⁾.

Ist § 18 WHG nicht begrenzt auf bestimmte Einschränkungsgmaßnahmen, so können deshalb Anordnungen,

1) So aber 93. Koll., Ref. Abt, S. 2.

2) Vgl. dazu auch GW, § 18, Anm. 6.

wie sie etwa in § 5 Nr. 1 und Nr. 3 WHG vorgesehen sind, auch in einem Ausgleichsverfahren ausgesprochen werden. Beschränkungen der Bewilligung auf Grund des § 5 WHG lösen keine Entschädigungspflicht aus; werden dagegen Beschränkungen in einem Ausgleichsverfahren angeordnet, so können Ausgleichszahlungen in Betracht kommen (§ 18 Satz 2 WHG). Ausgleichszahlungen wollen ein Äquivalent für die erlittenen Vermögensnachteile sein (§ 19 Satz 2 LWG). Sie stehen insoweit einer Entschädigung gleich (vgl. § 20 Abs. 1 Satz 1 WHG)¹⁾. Auf Grund des § 18 Satz 2 WHG können jedoch keine Ausgleichszahlungen für Beschränkungen zuerkannt werden, wie sie ihrem Inhalt nach den in § 5 Nr. 1 und Nr. 3 WHG vorgesehenen entsprechen. Denn es besteht kein einleuchtender Grund dafür, nur, weil die Anordnungen in einem Ausgleichsverfahren ausgesprochen werden, den Betroffenen günstiger zu behandeln.

Während im Falle einer Beschränkung der Bewilligung auf Grund des § 12 Abs. 1 WHG die Entschädigung zwingend vorgeschrieben ist, scheint es nach dem Wortlaut des § 18 Satz 2 WHG²⁾ im Ermessen der Behörde zu stehen, ob und inwieweit bei enteignungsmäßigen Beschränkungen der Bewilligung im Wege des Ausgleichsverfahrens ein Zahlungsausgleich zu leisten ist. Hiergegen beständen nicht nur verfassungsrechtliche Bedenken, diese Lösung ließe sich auch nicht mit dem in den Materialien zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers vereinbaren³⁾. In Anbetracht dessen ist

1) Witzel, WHG, § 18, Anm. 5; GW, § 18, Anm. 7.

2) "... können auch Ausgleichszahlungen festgesetzt werden."

3) Vgl. BT-Drucks. 3536, S. 13: "Der Ausschuß geht davon aus, daß die vorgesehenen Ausgleichszahlungen, dort, wo sich die Beschränkung von Bewilligungen als entschädigungspflichtige Maßnahme darstellt, als Entschädigungen zu leisten sind."

der Kann-Charakter des § 18 Satz 2 WHG in folgender Weise zu erklären: Werden in einem Ausgleichsverfahren etwa widerrufliche Erlaubnisse eingeschränkt oder zu Lasten einer bewilligten Benutzung Maßnahmen, wie sie dem § 5 WHG entsprechen, auferlegt, so dürfen Ausgleichszahlungen nicht festgesetzt werden. Liegt dagegen ein Enteignungstatbestand vor, wie bei dem weitergehenden Eingriff in die Bewilligung, so hat die Behörde nur in diesem Falle, dann aber auch immer, eine Ausgleichszahlung festzusetzen ¹⁾.

2. Voraussetzungen des Ausgleiches

Voraussetzung für einen Ausgleich ist nach dem Gesetz, daß Menge und Beschaffenheit des Wassers nicht für alle Benutzungen ausreichen. Für die Notwendigkeit, immer auf beides zusammen, Menge und Beschaffenheit, abzustellen, fehlt es jedoch an jedem inneren Grund. Es ist nicht einzusehen, warum in Fällen, in denen wegen der Verknappung des Grundwassers die zugelassene Gesamtmenge nicht mehr gefördert werden kann, es noch zusätzlich auf die nicht ausreichende Beschaffenheit des Wassers ankommen soll, um einen Ausgleich durchführen zu können. Um dem Passus einen vernünftigen Sinn zu geben, wird man deshalb das "und" durch ein "oder" zu ersetzen haben ²⁾.

Reicht zwar das Wasser nach Menge oder Beschaffenheit für alle aus, beeinträchtigen sich die Benutzungen aber dennoch, so kann auch dann ein

1) Vgl. GW, § 18, Anm. 7; im Ergebnis auch Rehder, NWG, § 38, Anm. 3.

2) Vgl. GW, § 18, Anm. 6.

Ausgleich stattfinden (§ 18 Satz 1, 2. Alt., WHG). Das kann etwa der Fall sein, wenn durch den Aufstau eines Gewässers die Einleitung von Wasser durch Gräben zwecks Entwässerung von Grundstücken unmöglich gemacht wird, weil der notwendige Wasserabfluß fehlt.

Weitere Voraussetzung ist, daß das Wohl der Allgemeinheit einen Ausgleich fordert. Der Inhalt des Allgemeinwohlbegriffes bemißt sich danach, welcher Eingriff auf dem Spiele steht. Soll lediglich die Erlaubnis beschränkt werden, so reicht für das Erfordernis des Wohles der Allgemeinheit schon die mehr allgemein gehaltene Erwägung aus, daß sich die Benutzungen untereinander stören und deshalb eine im öffentlichen Interesse liegende volkswirtschaftlich richtige Ausnutzung des Wasserschatzes verhindern ^{1) 2)}. Soll dagegen die Bewilligung weitgehend eingeschränkt werden, so handelt es sich um eine enteignungsmäßige Maßnahme, für die in Anlehnung an Art. 14 GG ein konkreter Zweck von einigem Gewicht verlangt werden muß ³⁾. Ein solch konkreter Zweck wird regelmäßig mit einer oder mehreren der betroffenen Benutzungen verbunden sein, so z.B. mit einer Benutzung zu Zwecken der öffentlichen Wasserversorgung.

1) Für die Erlaubnis vgl. auch oben, S. 235 f.

2) Das gleiche gilt, wenn nur die Ausübung der Bewilligung geregelt werden soll, ohne Beschränkung des Benutzungsrechts an sich.

3) Vgl. oben, S. 127.

IV. Nachträgliche Erteilung von Auflagen

1. Nachträgliche Entscheidungen zugunsten Betroffener

Die §§ 10 WHG, 15 Abs. 1 LWG sehen die Möglichkeit vor, dem Bewilligungs- und Erlaubnisinhaber nachträglich zugunsten von der Benutzung Betroffener Auflagen zu setzen. Es kann im Hinblick auf § 11 WHG zu Unbilligkeiten für die durch die Wasserbenutzung Betroffenen führen, wenn bei der Entscheidung über die Erteilung der Benutzungsberechtigung nicht vorausszusehen war, ob und in welchem Maße nachteilige Wirkungen für ihre Belange eintreten werden ¹⁾.

§ 10 Abs. 1 WHG geht davon aus, daß der Betroffene zwar Einwendungen erhoben hat, sich jedoch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Bewilligung oder Erlaubnis noch nicht genau übersehen ließ, ob und in welchem Maße die Bewilligung oder Erlaubnis nachteilige Folgen für die Belange des Betroffenen haben wird. In diesem Falle ist die Entscheidung über die deswegen festzusetzenden Auflagen einem späteren Verfahren vorzubehalten.

Wie schon der Wortlaut des § 10 Abs. 1 WHG sagt, kann sich der Betroffene jedoch später nur auf solche Einwirkungen berufen, deretwegen er Einwendungen erhoben hat und der Vorbehalt eines Nachverfahrens ausgesprochen worden ist ²⁾.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn für ein Benutzungsunternehmen, dem keine Gründe des Allgemeinwohls zur Seite stehen (§ 8 Abs. 3 Satz 2

1) Vgl. BT-Drucks. 2072, S. 25.

2) Vgl. § 10 Abs. 1 WHG: "... so ist die Entscheidung über die deswegen festzusetzenden Auflagen vorzubehalten."

WHG) oder dessen Nutzen den Nachteil des Betroffenen nicht übersteigt (§ 16 Abs. 2 LWG), die Benutzungsberechtigung unter Auflagenvorbehalt erteilt wurde, im Nachtragsverfahren sich aber ergibt, daß mit Auflagen doch nicht abzuhelpen ist, die Benutzungsberechtigung also von vornherein hätte versagt werden müssen. In diesem Falle fehlt eine gesetzliche Ermächtigung, um nachträglich die einmal erteilte Bewilligung zurückzunehmen - wenn nicht etwa § 12 Abs. 2 Nr. 1 WHG zutrifft. Da aber in ein volles subjektives öffentliches Recht, wie die Bewilligung, nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung eingegriffen werden darf, muß folglich die Bewilligung trotz ihrer schädlichen Wirkungen aufrechterhalten bleiben. Wenn aber das Gesetz auf diese Weise dem Schutz des Bewilligungsinhabers den Vorrang einräumt, dann muß entsprechend der ratio der §§ 8 Abs. 3 Satz 2 WHG und 16 Abs. 2 LWG zugunsten des Betroffenen auch nachträglich noch eine Entschädigung festgesetzt werden können ¹⁾.

Eine andere Beurteilung ist am Platze, wenn im Nachtragsverfahren nachteilige Wirkungen einer nur erlaubten Benutzung durch Auflagen nicht mehr verhütet oder ausgeglichen werden können. So wie die Erlaubnis in diesem Falle schon von vornherein nicht hätte zugesprochen werden dürfen, so kann sie nunmehr auf Grund des vorbehaltenen Widerrufs nachträglich wieder rückgängig gemacht werden.

§ 10 Abs. 2 WHG behandelt den Fall, daß der Betroffene keine Einwendungen im Erteilungsverfahren erhoben hat, weil er die spätere Beeinträchtigung

1) Vgl. auch SZ, § 10, Rn. 8; GW, § 10, Anm. 3.

seiner Belange überhaupt nicht voraussehen konnte. Aus Billigkeitsgründen muß § 10 Abs. 2 WHG aber auch dann Anwendung finden, wenn der Betroffene die eingetretenen Wirkungen vorausgesehen und deshalb Einwendungen erhoben hat, die Behörde aber in falscher Voraussicht die Einwendungen zurückgewiesen und einen Vorbehalt nach § 10 Abs. 1 WHG abgelehnt hat ¹⁾.

2. Auflagenvorbehalt nach allgemeinem Verwaltungsrecht

Ein Vorbehalt für nachträgliche Auflagen nach allgemeinem Verwaltungsrecht ist für die Erlaubnis ohne praktische Bedeutung. Im Ergebnis würde er dem Vorbehalt eines teilweisen Widerrufs gleichkommen, während doch die Erlaubnis ohnehin unter einem totalen Widerrufvorbehalt steht.

Für die Bewilligung bedeuten nachträgliche Auflagen eine Teilbeschränkung des gewährten Rechts, die als Eingriff in die Rechtssphäre des Benutzers grundsätzlich gesetzlicher Grundlage bedarf ²⁾. Eine gesetzliche Ermächtigung für nachträgliche Auflagen findet sich nur in den §§ 5, 10, 12 und 18 WHG. Darüber hinaus sind deshalb nachträgliche Auflagen grundsätzlich unzulässig.

Das Gebot der Gesetzmäßigkeit kann auch nicht dadurch umgangen werden, daß der Bewilligung ein im Gesetz nicht vorgesehener Vorbehalt für spätere Auflagen hinzugefügt wird ³⁾. Ein solcher Vorbehalt

1) Burghartz, § 10, Anm. 3.

2) Vgl. hierzu Wolff, S. 139.

3) Krüger, Auflage, S. 455.

ist auch dann unzulässig, wenn die Behörde sich auf die Zustimmung des Betroffenen stützen kann; denn die private Zustimmung vermag die fehlende gesetzliche Ermächtigung nicht zu ersetzen ¹⁾.

Jedoch ist ein Vorbehalt für spätere Auflagen ausnahmsweise gestattet, wenn der Berechtigte dadurch keine zusätzliche Belastung oder gegebenenfalls sogar eine Besserstellung erfährt und dementsprechend auch den nachträglichen Auflagen nicht die Wirkung eines Eingriffs in ein Recht zukommt. Das ist etwa der Fall, wenn bestimmte Auflagen vorbehalten werden, die schon bei Erteilung der Bewilligung hätten angeordnet werden können. Soll mit Hilfe einer Auflage einer künftig drohenden Gefahr begegnet werden, besteht aber im Moment der Bewilligungserteilung noch kein genügender Anlaß, die Auflage bereits zu vollziehen, so kann der Vorbehalt der Auflage dem Betroffenen nur recht sein ²⁾. Unter dem gleichen Gesichtspunkt kann ein Vorbehalt auch in dem Fall für zulässig erachtet werden, daß zwar eine Beeinträchtigung des Wohles der Allgemeinheit zu erwarten ist, jedoch das Ausmaß und die sonstigen näheren Umstände der Schädigung mangels ausreichender Erfahrung noch nicht genau übersehen werden können. Wollte man hier einen Vorbehalt nicht zulassen, so müßte die Bewilligungserteilung bis zur abschließenden Klärung der Unsicherheit entweder hinausgeschoben oder unter zahlreichen vorsorglichen Auflagen zugesprochen werden. Demgegenüber ist ein Vorbehalt künftiger Auflagen die günstigere Lösung für den Unternehmer ³⁾.

1) Vgl. Kormann, S. 160.

2) Vgl. auch GW, § 5, Anm. 8.

3) Vgl. hierzu Wiedemann, S. 67 f.

Lebenslauf

Am 7.5.1935 wurde ich als Sohn des Syndikus Dr. jur. Otto Renaud und seiner Ehefrau Inge, geb. Reusch, in Berlin geboren.

Nach Besuch der Volksschule in Berlin und Derschlag bestand ich 1955 die Reifeprüfung am neusprachlichen Gymnasium in Gummersbach

Von 1955 bis 1960 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten in Erlangen, Köln und Mainz.

Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 9.2.1960 in Köln ab.

Am 16.7.1965 beendete ich den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen mit dem Assessorexamen in Wiesbaden.

Die mündliche Doktorprüfung fand am 21.12.1965 statt.

